الموسوعة العصرية
فى
الفقه الجنائى الإسلامى

كتاب عبد القادر عوده

مع تعليقات آية الله السيد إسماعيل الصدر

وآراء للدكتور توفيق الشاوى والمشاركين

الجزء الأول من المجلد الأول

من كتاب التشريع الجنائى الإسلامى مقارنًا بالقانون الوضعى

مركز السنهوري

دار الشروق

الموسوعة العصرية

في

الفقه الجنائي الإسلامي

الطبعة الأولى
١٤٢١هـ - ٢٠٠١م

أسسها محمد المعلم عام ١٩٦٨

القاهرة : ٨ شارع سيبويه المصرى -
رابعة العدوية - مدينة نصر
ص . ب : ٣٣ البانوراما - تليفون : ٤٠٢٣٣٩٩
فاكس : ٤٠٣٧٥٦٧ (٢٠٢)
البريد الإلكتروني: email: dar@shorouk, com.

الموسوعة العصرية
فى
الفقه الجنائى الإسلامى

كتاب عبد القادر عودة

مع تعليقات آية الله السيد إسماعيل الصدر

وآراء للدكتور توفيق الشاوى والمشاركين

الجزء الأول من المجلد الأول

من كتاب التشريع الجنائى الإسلامى مقارنًا بالقانون الوضعى

مركز السنهورى

دار الشروق

تقديم
الموسوعة العصرية
فى
الفقه الجنائى الإسلامي
عوده والشاوى

للدكتور محمد سليم العوّا

الشهيد عبد القادر عوده أحد أعلام الفقه الإسلامى المعاصرين، وكتابه فى "التشريع الجنائى الإسلامى" هو الكتاب الأول فى تاريخنا الفقهى الذى يتناول أحكام الفقه الجنائى الإسلامى، بترتيبها الذى تعرفه كتب القانون الحديثة، ومقارنة بنظائرها فى القوانين العصرية، مع معالجة الفقه الإسلامى فى مذاهبه الأربعة، وأحيانا يضيف إليها رأى الإمام ابن حزم الظاهرى .

ومنذ صدور الكتاب، وهو محل احتفاء الباحثين والفقهاء فى أقطار الإسلام كلها، وفى كل موضع يهتم فيه بالفقه الإسلامى والعمل المستمر لتجديده وإحيائه والإفادة منه فى التشريعات المعاصرة .

واكتسب الكتاب أهمية خاصة لسببين : أولهما، أن الفقه الجنائى الإسلامى تُرك تطبيقُه، فى كثير من بلاد الإسلام (باستثناء المملكة العربية السعودية واليمن وإيران وافغانستان). وقد حلت محله فى الدولة العثمانية تنظيمات سليمان القانونى، ولذلك قلت العناية به، ووقف العمل العلمى لتجديده، إذ إنهما تابعان -عادة- للمصلحة العملية والتطبيق القضائى. وكان حظ الفقه المدنى الإسلامى أفضل كثيرا من نظيره الجنائى الإسلامى، حيث استمر العمل به فى صورة "مجلة الأحكام العدلية" التى تضم "القانون المدنى العثمانى" المستمد من الفقه الحنفى أساسا، والذى طبقته - فضلا عن تركيا - الأقطار الخاضعة للدولة العثمانية. ثم قام المشرعون باستمداد بعض نصوص القوانين المدنية العربية منه، فى مثل موضوعات الشفعة وأحكام الأحوال الشخصية والوقف والميراث والهبة والوصية وسوء استعمال الحق، والتى ما زالت نصوصها القانونية وقضاء المحاكم المبنى عليها تتأثر بمبادئه واجتهادات المذاهب المختلفة فيه؛ الأمر الذى جعل الاهتمام به مستمرا، والعمل العلمى لشرحه وبيانه مفصلا على عكس الفقه الجنائى .

والسبب الثانى لاكتساب كتاب الشهيد عبد القادر عوده أهمية خاصة، هو أنه صدر - فى جزئه الأول - قبيل استشهاده، ثم صدر الجزء الثانى بعد استشهاده بقليل، فكان كأنه كلمة الشهيد ووصيته إلى الأحياء: أنّ هذا هو الطريق إلى تجديد الفقه الإسلامى وإحيائه. وهى كلمة جاءت فى وقتها، إذ لم تمض خمس عشرة سنة حتى كان الكتاب ملهما رئيسيا للمشرعين والباحثين فى عدد من الدول العربية والإسلامية، ثم ترجم إلى الفارسية والأردية والإنجليزية، وأضاف إليه عدد من العلماء الشيعة مقارنته بالمذهب الجعفرى، وصدرت له عدة طبعات فى إيران . . واستخدم فى أفغانستان، أيام العهد الملكى، ومازال حتى الآن يستخدم على نطاق واسع، فكان معينا لا ينضب للقضاة والمحامين. أما فى العالم العربي، فإنه لا تكاد مكتبة عامة أو خاصة تخلو من نسخة منه، حتى فاق فى شهرته كتاب شيخنا العلامة محمد أبو زهرة الذى صدر مثله فى جزأين عقب صدور كتاب عبد القادر عوده .

* * *

هذا عن عبد القادر عوده وكتابه. أما أستاذنا الدكتور توفيق الشاوى، فهو وحده أمة. فما من مجال استطاع فيه خدمة الإسلام إلا قدم غاية ما عنده من جهد وفكر ومال وقول وعمل. وهو رائد من رواد القانون الجنائى المعاصر، وأحد أعلام أساتذته فى جامعة القاهرة وفى جامعات المغرب العربي والمملكة العربية السعودية. وكتبه فى فقه الإجراءات الجنائية وفى التعليق على قانون الإجراءات الجنائية المغربى، وبحوثه فى حرمة المساكن والأشخاص وأسرار الحياة الخاصة ونظرية التفتيش ومنع التعذيب، وغيرها، هى مصادر للعلم القانونى الحديث لا يستغني عن الاطلاع عليها مشتغل بالقانون الجنائى.

وقد اهتم منذ سنين بالعمل الفكرى الإسلامى، فأصدر عددا مهمّا من الكتب من بينها موسوعة غير مسبوقة فى "فقه الشورى" طبعت مرات فى سنوات قليلة، وأصدر الطبعة العربية الأولى من كتاب الخلافة لأستاذ الأجيال الدكتور السنهورى بعد أن ترجمها وأضاف إليها تعليقات كثيرة أثارت إعجابا صادقا فى بعض الدوائر، وجدلا ساخطا فى بعضها الآخر. واهتم بالفكر السياسى الشيعى، فأصدر تعليقا نافعا مليئا بالاجتهادات على دروس آية الله خومينى عن "الحكومة الإسلامية" .

ثم ولّى أستاذنا الدكتور توفيق الشاوى وجهه شطر "منزله الأول" القانون الجنائى، واختار درته الفريدة فى العصر الحديث، كتاب عبد القادر عوده، ليصنع منه موسوعة عصرية متجددة للفقه الجنائى الإسلامى، يقول فى وصف هدفه منها : كان هدفى من ذلك أمرين: الأول، أن أبرز ما تضمنه بحثه من معالم التجديد. والثانى، أن أضيف إليه ما استطعت من آراء فى صورة حاشية لتنقيحه، كما لو كان هو قد عاش لينشر الطبعة الثانية مزودة بتجارب السنين التى مضت منذ نشره لأول مرة.

ولأن الكتاب حظى بما أشرنا إليه من اهتمام فى مختلف الأقطار الإسلامية، فقد اختار الدكتور توفيق الشاوى أكمل الطبعات الإيرانية التى علق صاحبها (الإمام المجتهد السيد إسماعيل الصدر) على الكتاب بذكر أحكام المذهب الجعفرى ليكتمل البحث الفقهي فى موضوعات الكتاب كلها بين الفقه السنى والفقه الجعفرى (فقه الإمامية الاثنى عشرية) .

* * *

أعد الدكتور الشاوى موسوعته المكونة من :

- الأصل، وهو كتاب الشهيد عبد القادر عوده .
- تعليقات السيد اسماعيل الصدر، وهو من أئمة المذهب الجعفرى.
- تعليقات الدكتور الشاوى على الأصل وعلى التعليق الشيعى معا .

لا شك فى أن كتاب الشهيد عبد القادر عوده قد فتح الباب للبحث العلمى العصرى فى الفقه الجنائى الإسلامى، وأتاح الفرصة لمئات - وربما لآلاف - الدارسين، لا سيما من الحقوقيين، للنظر فى الفقه الجنائى الإسلامى والإفادة منه بدرجات متفاوتة .

ولكن - لأنه أول عمل من نوعه - لا شك أيضا فى أنه يحتمل أن ترد على بعض آرائه استدراكات كثيرة. ويستلزم النقد العلمى فى دراسة الشريعة مقارنة بالقانون، اجتهادات تخالف بعض ما رجحه من آراء، أو تتبنى آراء اجتهادية جديدة لم يقل بها السابقون من أهل المذاهب الذين عنى الشهيد عبد القادر عوده بالوقوف عند أقوالهم ونقلها والمقارنة بينها .

* * *

وقد تضمن كتابنا "فى أصول النظام الجنائى الإسلامى"- الذى صدر عن دار المعارف - عددا من مسائل النوعين جميعا. كما تضمنت بعض أصول كتابنا "الفقه الإسلامى فى طريق التجديد" الذى صدر عن المكتب الإسلامى فى بيروت - مسائل أخرى .

إن عمل الدكتور الشاوى، وهو يفيد من الجهود الكثيرة التى بذلت منذ صدور كتاب عوده إلى أن أتم هو كتابه، يفتح الباب للإضافات والآراء المغايرة له دون حذف؛ فهو لم يصدر كتابه إلا بعد عقد جلسات مشاورة مطولة مع عدد من أساتذة القانون الجنائى ومن المهتمين بالفقه الإسلامى الذين وعدوه بالمساهمة فى أبحاث الموسوعة، وأعد عدة مشروعات للكتاب كان فى كل مرة يطورها حسب ما تسفر عنه المشاورات العلمية .

وهو يقول فى مقدمته: وقد دعوت بعض زملائى الذين شاركونى فى تقدير أهمية إعادة نشر الكتاب إلى مشاركتى فى هذا المشروع وإضافة ما يرونه من بحوث تزيد من فائدة هذه الطبعة الجديدة، وقررت أن أقصر جهدى على نشر المجلد الأول، وهو القسم العام، آملا أن يواصل زملائى التعليق على القسم الخاص فى المجلد الثانى، لتحويل الكتاب إلى موسوعة شاملة متجددة تشجع كل من يتجهون إلى الإصلاح التشريعى والقضائي فى بلادنا على السير فى طريق الأصالة والتجديد .

* * *

وبهذا نرى أن المشروع الذى يصدر منه هذا المجلد الأول هو فى بدايته، وأن آفاق تنفيذه تحتاج إلى أجيال عديدة تستفيد من هذا المنهج التشاورى والتجديدى الذى يتفق مع عظمة فقهنا الإسلامى وأصالته .

والله تبارك وتعالى أسأل أن يجزى الدكتور توفيق الشاوى والأستاذ عبد القادر عوده عن الإسلام وفقهه، وعن الجهاد فى سبيله، خير ما جزى عباده العلماء العاملين .

وإن كاتب هذه السطور لسعيد بأنه كان أول من استجاب لدعوته، وبدأت بالفعل فى إعداد تعليقات على تعازير المجلد الثانى من كتاب الشهيد عوده، وهو القسم الخاص. كما أنى أدعو زملائى إلى الاستجابة لاقتراح الدكتور الشاوى نفسه بالمسارعة لإعداد مجلد ثالث تدرس فيه التعازير التى لم يدرسها الشهيد عوده والتى تزخر بعرضها مشروعات التقنينات العديدة التى جاءت بعده واستفادت منه.

محمد سليم العوا

(١) مقدمة عامة
عن الكتاب والموسوعة

إنـــنى أحمـــد الله أن وفقنى لدراسة كتاب فقيهنا الشهيد والعمل لتجديده وإعادة نشــــره، وإضافة آرائى وآراء زملائى إليه لتحويله إلى موسوعة شاملة للفقه الجنائى الإسلامى العصرى، لأنه أول كتاب يشتمل على دراسة مقارنة شاملة للفقه الجنائى الإسلامى مع القوانين الوضعية السائدة فى كثير من بلادنا.

* * *

كان عبد القادر عوده قاضيا بالمحاكم المصرية عندما بدأ إعداد كتابه فى التشريع الجنائى الإسلامى فى عام 1945، وكان قد درس القانون المصرى ثم بدأ فى التعمق فى دراســـة كتب الفقه، فراعه أنه وجد فيه المبادئ الأساسية: بل والأحكام التى درسها فى القانون المصرى – لكنها معروضة بصورة تختلف عن الصورة التى عرضت بها فى كتب القوانين "العصرية".

إنـــه تألم لأنه وزملاءه من رجال القضاء والمحاماة قد درسوا القانون الجنائى المصرى دون أن تُرَدَّ مبادئه وأحكامه إلى أصولها الشرعية ومصادرها الفقهية، فعَدَّ ذلك نقصا وتقصيرا فى حق الشريعة والقانون معا، لأنه يوهم الدارسين أن الشريعة ليس فيها هذه المـــبادئ والأحكـــام التى درسوها، مما يؤدى بالكثيرين إلى عدم الاهتمام بدراستها أو مراجعة كتبها، بل إنهم يعادون أمثاله ممن يدّعون لتطبيقها لأنهم يجهلونها، والناس أعداء لمـــا جهلوا. ومن ناحية أخرى، فإن القانون الذى درسوه ويعملون فى تطبيقه يبقى فى نظـــرهم أحكاما مستوردة مصنوعة فى الخارج منفصلة عن فقهنا الأصيل ويبقون عالة على الكتب والنظريات الأوربية كلما أرادوا التعمق أو التوسع فى دراستها – وهو أمر لا يتيســـر لكـــثير منهم – فيبقى القانون فى نظرهم مجرد أوامر جافة لا جذور لها فى نظرهم ولا روح فيها تتجاوز النصوص الرسمية وما يتفرع عنها من شروح...

* * *

لذلك قرر أن يتصدى لإعداد كتاب يعرض فيه المبادئ والأحكام الجنائية الشرعية على النمط الذى تدرس به أحكام القوانين العصرية، وعَدَّ ذلك خدمة كبرى لمن يرغب من زملائه فى فهم أحكام الشريعة ويقتنعون بأن دراستها تبعث فى الأحكام القانونية

العصرية التى لا تخالفها روحا جديدة، كما تمكنهم من معرفة ما يوجد فى القانون "العصرى" مما يخالف مبادئ الشريعة أو يتعارض مع أحكامها ويؤمنون معه بضرورة تصحيحها ووجوب الدعوة لتطبيق الشريعة.

وأول مهمة واجهته فى كتابه هو أن كتب الفقه لا تشير إلى القسم العام فى القانون الجنائى الذى يتضمن المبادئ التى تخضع لها الأحكام العامة لكل الجرائم- والتى تدخل الأحكام الخاصة بكل منها (التى لا يشاركها فيها الجرائم الأخرى) فى نطاق القسم الخاص فى القانون الجنائى- فقرر أن يبدأ باستنباط أحكام القسم العام فى الفقه الجنائى الإسلامى. وكان أول من يتصدى لذلك فى تاريخ الفقه، ونجح فى ذلك نجاحا استحق بسببه أن نُعُده فقيها.

إلى جانب ذلك فإن عرض أحكام الفقه سواء فى القسم العام أو الخاص استلزم أن يقوم بالترجيح بين الآراء الفقهية المختلفة والمتعددة، بل وتقديم آرائه الشخصية فى المواضع التى لا يجد فى كتب الفقه ما يفيده بشأنها. وهدفه من ذلك تزويد فقهنا بكل ما يمكننا من مواجهة ما استجد من قضايا ومشاكلات لم يواجهها أسلافنا، أى أنه قام فعلا بدور بناء فى تجديد الفقه دون أن يدعى ذلك، ولهذا استحق فى نظرنا أن يوصف بأنه مجدد.

وكان هدفه الواضح هو التقريب والتكامل بين القانون الوضعى وأحكام الشريعة مع بيان ما تمتاز به شريعتنا من سمو وكمال يستوجبان ربط القوانين الوضعية بأصولها ومصادرها الشرعية الخالدة.

* * *

وعندما قررت إعادة نشر كتابه وجعله أساسا لموسوعة شاملة فى الفقه الجنائى الإسلامى المعاصر. كان هدفى من ذلك أمرين : الأول : أن أبرز ما تضمنه بحثه من معالم التجديد. والثانى. أن أضيف إليه ما استطعت من آراء فى صورة حاشية وبحوث تكميلية لتنقيحه كما لو كان هو قد عاش لينشر الطبعة الثانية مزودة بتجارب السنين الخمسين التى مضت منذ نشره لأول مرة – وذلك وفاء له، ومواصلة للمسيرة التى بدأها فى الدفاع عن الشريعة التى أحبها. وسوف يتضح ذلك بعد قراءة فقرات الكتاب والحواشى التى أضفتها إليه.

❁ تحويله إلى موسوعة شاملة :

وقـــد دعوت بعض زملائى الذين شاركونى فى تقدير أهمية إعادة نشر الكتاب إلى مشاركتى فى هذا المشروع وإضافة ما يرونه من بحوث وآراء وتعليقات تزيد من فائدة هذه الطبعة الجديدة.

ولـمـا كـــنت شاعرا بأن جهدى لن يقوى على إتمامه، فقد دعوت كل من أعرف تقديره لهذا الكتاب لكى يساهموا فى إتمام المشروع إذا عجزت عن إتمامه، وقررت أن أقصر مهمتى على نشر المجلد الأول وهو القسم العام، آملا أن يواصل زملائى التعليق على القسم الخاص.

وبهـــذا يـــتحول الكتاب إلى موسوعة شاملة يشارك فى إعدادها عدد من الأساتذة الراغبين فى مواصلة تزويدها بما يستجد من آراء ودراسات فى الفقه الجنائى الإسلامى العصرى المقارن.

* * *

إن القاضى الفقيه عوده قد منَّ الله عليه بأن حصل على قدر كبير من المعرفة بالقوانين الجـــنائية فى مصـــر، التى درسها طالبا ومارس تطبيقها قاضيا ومحاميا، ثم أضاف إلى ذلك قـــدرا مـــتوازنا مـــن دراسة علوم الفقه الإسلامى وكتبه دفعه إليها حبه للشريعة وإيمانه بضـــرورة إحياء علومها والمبادرة إلى تطبيقها، واستشهد دفاعا عن هذا المبدإ بعد أن أتم هذا الكتاب الذى يسهِّل مهمة كل من يريد دراسة الشريعة من رجال القانون العصرى.

* * *

لســـت وحـــدى الذى عرف قيمة هذا العمل العلمى الجليل، فقد رأيت بنفسى أن شهرته وفائدته تجاوزتا حدود مصر وحدود العالم العربى. وساعدنى الحظ أخيرا بالاطلاع فى إيران على طبعة عربية له مضافا إليها تعليقات أحد كبار علماء الشيعة وأئمتها، يشير فيهـــا إلى طبعات سابقة نفدت، فضلا عن الترجمات الفارسية لهذا الكتاب الفذ، مما دعانى إلى إضـــافة هذه التعليقات الشيعية كاملة مع مناقشتها لإثراء الحواشى التى أعددتها، حتى يكون ذلك خطوة عملية نحو توحيد الثقافة القانونية فى العالم العربى والإسلامى. وشجعنى عـــلى ذلـــك أن هـــذه المبادرة الشيعية كانت ضرورية فى نظرهم لتسهيل مهمة القضاة ورجال القانون العصرى فى بلادهم للعمل على الالتزام بتطبيق الشريعة الإسلامية الذى فرضته حكومة الجمهورية الإسلامية بعد انتصار الثورة فى عام 1979م.

❁ دور الكتاب فى مرحلة تقنين الفقه فى العالم العربى :

* * *

وقـبل ذلـك بسنوات، لقيت وزير العدل فى حكومة أفغانستان الملكية جاء إلى مصر ليبحث عن كتب تساعد قضاة بلاده على تطبيق الفقه الجنائى الإسلامى الذى تعتز بلاده بالالتزام به، وعرَّفنى أن كتاب الشهيد عوده هو المرجع الوحيد لهم هناك وأنهم فى حاجة إلى مزيد من هذه الدراسات المقارنة.

ثم إننى شاركت فى أوائل السبعينيات فى لجنة شكلتها وزارة العدل المصرية برئاسة كبير قضـاتها رئيـس محكمة النقض فى ذلك الوقت، الأستاذ جمال المرصفاوى، وعهدت إليها بتقنين الفقه الإسلامى كله، لكنها بدأت بالتشريع الجنائى لأن كتاب الشهيد عوده قد مهد السـبيل لذلك بهذه الدراسة الوافية التى لا مثيل لها. وأعتقد أن لجانا أخرى عديدة فى ليبيا والأردن والإمـارات والكويت وغيرها من البلاد العربية، قد استطاعت فى مدة وجيزة أن تُعد مشروعات لتقنين الفقه الجنائى الإسلامى، كان أكبر عون لها هو هذا الكتاب .

* * *

لهذا عددته خطوة تاريخية وفَّرت لنا ولكل من يريدون العمل على تجديد فقهنا الأصيل، لإخـراج أقطارنـا كـلها من مرحلة الازدواجية التى تفصل بين الفقه والقوانين الوضعية السـائدة حاليـا، والمساهمة فى الدراسات العلمية التى تحقق لنا سيادتنا التشريعية الكاملة الأصـيلة، وتفـتح لـنا بابا جديدا للتعاون والتقارب بين جميع شعوبنا العربية والإسلامية والسـير بهـا فى طريق "الوحدة" فى مجال الثقافة الحقوقية التى تمكننا من المساهمة فى التقدم العـالمى فى العـلوم القانونية والنظم التشريعية باعتبارنا أصحاب شريعة أصيلة ونظام قانونى عـريق ومـتميز فى المسـتقبل، بدلا من أن نكون عالة على غيرنا وذنَبا للثقافة الوضعية المسـتوردة مـن الخـارج. كما تساعدنا على بناء وحدتها الشاملة التى مكنتها فى عصور الإسلام الزاهرة من إقامة حضارة كبرى شهد العالم كله بدورها فى تقدم الإنسانية.

* * *

وسيرى القارئ المقدمة التى أعدها ناشرو الطبعة العربية الإيرانية وتعليقاتها التى قصد بهـا توسيع نطاق المقارنة لتشمل المذهب الجعفرى إضافة إلى المذاهب السنية الأربعة التى جعـلها الفقيـه محـور دراسته، وذلك ليكون الكتاب دراسة مقارنة بين مذاهب الفقه الإسلامى المتعددة، كما هو مقارنة وموازنة بينها وبين القوانين الوضعية وفقهها المستورد.

إن هذه المقدمة والتعليقات الشيعية تؤكد للقارئ أن قضاة إيران كانوا فى حاجة إليه وقد استفادوا منه فائدة كبرى لتسهيل مهمتهم فى تطبيق أحكام الفقه الإسلامى – بصـــورة فورية كاملة بعد نجاح الثورة – كما سهَّل مهمة قضاة أفغانستان –من قـــبل– وبذلك يتبين للقارئ أن الكتاب له دور فى التقريب بين فقه السنة والشيعة لا يقل عن دوره فى التقريب بين الشريعة والقوانين الوضعية، كما أنه كان وما يزال أداة كبرى لتنمية التعاون الثقافى بين شعوبنا العربية وغير العربية.

* * *

إن الفقيـــه القاضى كان يتمنى أن يوسع دراسته لتشمل المذاهب الكبرى الأخرى غـــير المذاهب الأربعة المشهورة، وقد بادر المعلق الشيعى المجتهد المجاهد حجة الإسلام الســـيد إسمـــاعيل الصدر إلى تحقيق هذا الهدف بالنسبة للفقه الجعفرى وهو أهم تلك المذاهب، وأشار على غلاف الكتاب إلى أن المقارنة تشمل المذاهب الخمسة.

إن ما أشارت إليه المقدمة الإيرانية من أن إعادة طبع هذا الكتاب والتعليق عليه كانا خطـــوة ضرورية لسد حاجاتهم إلى دراسات إسلامية سهلت لهم الانتقال من القوانين الوضعية إلى تطبيق الشريعة، يؤكد واجبنا فى المسارعة إلى أن نواصل ما بدأه مؤلفه ومن عـــلق عليه وكل من استفادوا منه فى المشروعات المتتالية للتقنين فى عالمنا العربى، لنعيد بناء صرح فقهنا الإسلامى العصرى وتشجيع دراسته والتعمق فيها، حتى يكون جديرا بمـــا قدمه أسلافنا من إبداع رائع، مازال يبهر كل من مارسوا مهمة التقنين والتشريع والبحث، فى جميع أنحاء عالمنا الإسلامى العريق .

* * *

ثم إن هدفـــنا يتجاوز حدود المذاهب الخمسة وغيرها من المذاهب التى يعتز بها فقهنا المـــوروث، إذ إن أهم أغراض هذه الدراسة المقارنة هو تسهيل مهمة علمائنا فى الحاضر والمستقبل الذين يستطيعون إثراء هذا التعدد بإضافة ما تحتاج إليه أمتنا من آراء ونظريات وأحكـــام ومذاهب مستحدثة تواجه بها التطورات العالمية المتسارعة التى سيكون لشعوبنا الناهضـــة الفتية دور فى ترشيدها حتى تسير قافلة البشرية نحو السمو والتقدم والصلاح الذى هيأها الله له وأمرها بالسير نحوه رغم ما يحفه من مخاطر ومصاعب ...

* * *

۞ دور الموسوعة فى مسيرة التجديد :

وقـــد أسعدنى الحظ أخيرا بلقاء وزير العدل فى سلطنة عمان عند زيارته للقاهرة لحضـــور مؤتمر وزراء العدل العرب فى الفترة من 28- 30/8/2000 . وشرحت له أهداف الموسوعة، وأننا نتمنى إثراءها بكل ما نستطيع الوصول إليه من آراء المذاهب الخمســـة وبخاصة مذهب الإباضية السائد فى بلاده، فوعد بأن يصلنى بمن تتوافر لديه الاستطاعة والرغبة فى ذلك من علماء بلاده، وأن يرسل إلىّ مجموعة من أهم مراجع الفقـــه الإباضـــى ليفيـــد منها الأساتذة الذين يريدون إضافة هذه المقارنة، لتصبح الموسوعة شاملة للمذاهب الفقهية الستة بما فيها مذهب الإباضية .

لقد تميزت شريعتنا بجعل الاجتهاد والإجماع مصدريْن للأحكام يكملان ما وفره لـــنا الوحـــى الإلهى فى الكتاب والسنة من مبادئ وأصول وقيم خالدة تغذى العقل البشرى وتساعده على تنمية الأحكام وتطويرها. والاجتهاد البشرى معرض للخطإ والـــنقص، لذلك أوجب علينا تجديده كلما قصرنا فى الاستفادة من مزاياه وأصوله لتقوم أمتنا بدورها فى بناء الحضارة بكل ما تستطيع من قوة أمدها الله بها وأمرها بأن تقـــاوم بها نوازع الشر ودواعى الانحراف والفساد وإصلاح نظمها كلما طرأ عليها تخلف أو جمود.

بذلك أفسح الله لعقولنا واجتهاداتنا المجال لتساهم فى نمو فقهنا عن طريق اختلاف الآراء وتـــنوع الاتجاهات وتلاقح الأفكار وتعدد المذاهب الذى مكن أسلافنا من أن يزودونا بتراث من الفقه متنوع المذاهب، وأمرنا الله أن نواصل السير على منهاجهم لإثراءشـــريعتنا بكـــل ما تحتاج إليه الحضارة من تجديد وتوسيع وزيادة فى الأحكام الشرعية التى تحتاج إليها المجتمعات الإنسانية. وعلى ذلك فإن تعدد المذاهب وتنوعها ضرورى ومفيد فى المستقبل كما كان فى الماضى. وإذا كان هذا الكتاب بدأ بالمقارنة بـــين مذاهـــب أربعة ثم خمسة، فإنه فضلا عن ذلك قد فتح لاجتهادنا الباب للتنظير والتقنين لنضيف لها أكثر من ذلك فى المستقبل إن شاء الله .

* * *

أملنا أن تكون هذه الموسوعة العصرية بابا ينطلق خلاله باحثونا وعلماؤنا نحو التجديد الـــذى تلتزم مجتمعاتنا بالسير فى طريقه لتخرج شعوبنا مما وصلت إليه من تخلف وجمود، وتـــرقى نحـــو ما كتبه الله من أن تكون أمة وسطا شاهدة على الناس كما كان الرسول الكريم شاهدا عليها، وهذا التوسط يوجب التنسيق والموازنة والجمع بين الآراء والمذاهب

۞ أملنا أن تضم آراء كثيرين ممن يأتون بعدنا :

والأفكــار المــتعددة المتنوعة التى تتسع لها شريعتنا فى المستقبل كما اتسعت فى الماضى، وتكون قدوة للإنسانية فى طريق التعايش والتعارف والتعاون والتضامن بين جميع الأجناس والطوائف والعقائد والعناصر والألوان ... كما أراد لها الخالق سبحانه وتعالى.

لذلك دعَونا كل من يستطيع القيام بدور فى هذا الاتجاه أن يساهموا معنا فى تحويل هذا الكتاب إلى موسوعة شاملة متجددة تشجع كل من يتجهون للإصلاح التشريعى والقضائى فى بلادنا على السير قدما فى طريق الأصالة والتجديد.

وقــد بادرنــا بإضافة حواش لهذا الكتاب أسوة بما سار عليه أسلافنا من إضافة حاشية أو أكثر على كتب كبار علمائهم وفقهائهم ، وقد جرى الناشرون على وضع الحواشى على هامش صفحات النص الأصلى، لكنا آثرنا أن تكون تالية لكل بند فى الكــتاب، حــتى يطلع القارئ أو الباحث أولا على الأصل كما نشر من قبل مع هوامشــه الأصلية وعلى التعليقات الشيعية للسيد الصدر ورأينا فيها، قبل أن ينتقل إلى الحاشــية الــتى أعددهــا – وتبدأ نصوص الكتاب بكلمة [عوده] ، والتعليقات الشــيعية بكــلمة [الصدر]، ثم رأينا فى التعليق الشيعى بكلمة [الشاوى] ، والحاشية بعلامــة ۞ . وسيجد القارئ أن الحاشية قد توسعنا فيها حتى أصبحت كتابا لكنه مكمــل للكتاب الأصلى، وقد قصدنا بها أن تكون فرعا للأصل وكل ما يتصل به، وكلاهما يحتاج ممن يأتون بعدنا إلى أن يعقبوا على ما به

مــن أفكــار استحدثها كتاب الشهيد و الآراء التى تتجاوز ما تضمنه كتابه وما عرضــه من فقهنا الأصيل لتكون آراؤنا وآراء زملائنا مع الكتاب الأصلى موسوعة شاملة لفقهنا الجنائى العصرى.

أملــنا أن تضــم هذه الموسوعة ما يقدمه زملاؤنا من علماء الفقه والقانون الذين يســاهمون فيها ويكملونها بأبحاثهم ودراساتهم لتكون نموذجا للدراسات المقارنة التى تمكــن شــعوبنا من تحقيق هدفها الأسمى فى بناء صرح ثقافتنا القانونية على الأصول العــريقة لفقهــنا مــع الاستفادة من كل ما استحدثه الفكر القانونى فى جميع النظم العصــرية وأن تكــون خطوة إلى الأمام نحو هذا الهدف الذى يحتاج إلى جهد أجيال عديدة فى الحاضر والمستقبل إن شاء الله.

❁ كل رأى ينشر فى الموسوعة ينسب لكاتبه :

ونرجو أن تكون هذه الموسوعة بما تشتمل عليه الآن أو ما يضاف لها فى المستقبل مرآة عصرية لمنهج أسلافنا فى المناظرات التى كانوا يناقشون فيها آراء من يخالفهم فى النظر واثقين بأنه لا بأس من هذه الاختلافات طالما أن هدفها هو ما روى عن الإمام الشافعى من قوله : "ما ناظرت أحدا قط إلا لأجل إظهار الحق وما أبالى أن يبين الله الحق على لسانى أو على لسانه". وقوله ﷺ:"وددت أن الناس ينتفعون بهذا العلم على ألا ينسب إلىّ منه شيء" .

إن كل من يقدم رأيا فى هذه الموسوعة يكفيه أن ينسب إليه وحده ما قدمه من رأى، ولو كان يخالف أو يناقض رأيا آخر فى هذه الموسوعة ذاتها أو فى غيرها، وأنه يستحق أن يثاب على اجتهاده – حتى ولو أخطأ – وألا يدعى أحد أنه يحتكر الصواب، وأقصى ما يطمع فيه أن يكون رأيه أقرب إلى الصواب – وإن كان كأى رأى آخر يحتمل الخطأ – كما أن رأى غيره وإن كان خطأ فى نظره إلا أنه يحتمل الصواب – وكلاهما مجرد جهد علمى يثرى الفقه، ويخضع للمناقشة والجدل. والصواب هو ما يختاره الناس ويقتنعون به، ويلزمون أنفسهم السير على مقتضاه... فالقراء والباحثون هم الذين سيكون رأيهم مرجحا لرأى دون آخر – وهذا الترجيح فى ذاته هو اجتهاد عملى يحتمل الخطأ والصواب وسيكون لهم ولغيرهم أن يرجحوا غيره ويلتزموا به بسبب اختلاف ظروف الزمان والمكان. وميزة شريعتنا أنها اتسعت فى الماضى وسوف تتسع فى المستقبل لتعدد المذاهب واختلاف الآراء، لكى توسع أمام شعوب أمتنا وأفرادها أسباب الترجيح ومجال الاختيار بين الآراء التى يحتاجون إليها لمواجهة تغيرات الزمان والمكان وتطور الحضارة ونمو المجتمعات وتنوع ظروفها...

والله الموفق

(٢) مقدمة كتاب القاضي الفقيه "عبد القادر عوده"

عوده الحمد لله الذي علم الإنسان بعد جهل، وهداه بعد ضلال، وفقهه بعد غفـلة. والصـلاة والسـلام على محمد رسول الله الذي أرسله ربه إلى للناس كافة بشيرا ونذيرا وهاديا ومعلما، ليهلك من هلك عن بينة ويحيا من حي عن بينة ...

وبعـد ..... فهـذه دراسـات في التشـريع الجنائي الإسلامي مقارنة بالقوانين الوضـعية-١- وفقـني الله فيهـا إلى إظهار محاسن الشريعة وتفوقها على القوانين الوضعية وسبقها إلى تقرير كل المبادئ الإنسانية، والنظريات العلمية والاجتماعية التي لم يعرفها العالم ولم يهتد إليها العلماء إلا أخيرا ...

وسـيرى القارئ مصداق هذا القول بين دفتي هذا الكتاب، وأرجو ألا ينتهي من قـراءته إلا وقد أصبح يعتقد بما أعتقده، وهو أن الشريعة الإسلامية هي شريعة كل زمان ومكان...

والحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله-٢-...

﴿ رب اشرح لي صدري ۞ ويسر لي أمري ۞ واحلل عقدة من لساني ۞ يفقهوا قولي﴾

تعليقات السيد "إسماعيل الصدر"

الصدر ... تعـليق "رقـم -١-" لقد وفقني الله ﷻ، وهذا من نعمه وفضله، للتعليق على هذا الكتاب الجليل لبيان رأي فقهاء "المذهب الجعفري" في المسائل الشرعية التي تذكر في الكتاب.

وفي موارد الاختلاف بينهم أذكر الرأي السائد عندهم، وأشير إلى الرأي الراجح عندي وإن كان خلاف الرأي المشهور بينهم ... (البقية في الصفحة التالية – كمقدمة...) =

الصدر ... تعـليق "رقم -٢-" الحمد لله أن وفقني إلى إظهار محاسن الشريعة، كما أشكره ﷻ على أن وفقني لإظهار محاسن "الفقه الجعفري" وما يمتاز به بين آراء بقية المذاهب السنية "الأربعة"..

الشاوى رأينا في "تعليقى رقمى-١-و-٢-" :حرص السيد الصدر في أول تعليق له على تذكيرنا بمبدإ عصـمة الأئمة من آل البيت، ومنهم الإمام جعفر بن محمد الذي ينسب إليه المذهب الجعفري، وعبَّر عن ذلك بقوله: "إنهم علماء بحكم الله الواقعي، وقد أخذوا علمهم عن جدهم أمير المؤمنين" الذي أخذه بدوره "عن الرسول الأعظم ﷺ" ...

ولا يعـترف أهل السنة بالعصمة لغير الرسل، كما أنهم لا يعترفون بأن الروايات المنسوبة للأئمة من أهـل البيت لها حكم السنة، ولا أنهم ورثوا العلم عن جدهم رسول الله، بل هو اجتهاد له احترامه عند الجميع ...

... "التعليق الشيعي رقم – ١ –" رأينا أن نجعل منه مقدمة للسيد الصدر فيما يلي :

قبل الشروع في التعليقة، أحب أن أنبه على أمر أرى من المناسب تنبيه القراء إليه، وهو أنه قد يتراءى من قولنا المذهب "الجعفري" وفقهاء "المذهب الجعفري" أن الإمام "جعفر بن محمد" (ع) مجتهد من المجتهدين، وأن "الشيعة الجعفرية" يرجعون إليه في التقليد كما يرجع "الحنفية إلى أبي حنيفة"، و"الشافعية إلى محمد بن إدريس الشافعي"، و"المالكية إلى مالك بن أنس"، و"الحنابلة إلى أحمد بن حنبل". كما قد يتخيل أن مجتهدي "الشيعة" إنما هم "مجتهدو مذهب"، فيجتهدون في فهم فتاوي "جعفر بن محمد" عليه السلام كمجتهدي "المذهب الحنفي" إذ يجتهدون في فهم فتاوي "أبي حنيفة". ولكن الصحيح أن الإمام "جعفر بن محمد" هو أحد الأئمة الاثني عشر عند الشيعة الإمامية، ويعتقدون به كما يعتقدون ببقية أئمتهم أنهم علماء بحكم الله الواقعي، وقد أخذوا العلم عن جدهم أمير المؤمنين (ع) عن الرسول الأعظم ﷺ. ولقد قال علي (ع): "علمني رسول الله ألف باب من العلم ينفتح لي من كل باب ألف باب" ...

وبعد معرفتهم (ع) بالأحكام الشرعية الواقعية، فلا يحتاجون إلى الاجتهاد وإلى استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها كما هو شأن المجتهدين، فلا خصوصية للإمام "جعفر بن محمد الصادق" عن بقية أئمة أهل البيت عليهم السلام، وإنما ينسب المذهب إليه (ع) دون سواه؛ لأنه روى عنه من الأحكام الشرعية أكثر مما روى عن بقية أئمة أهل البيت (ع)؛ لأنه أطولهم عمرا، وكان الضغط السياسي عليه (ع) أقل مما كان على بقية أئمة أهل البيت؛ فلذا كثر الرواة عنه، وألفت عدة كتب فيما روى عنه من الأخبار، ولقد بقيت منها أربعمائة كتاب عرفت بالأصول الأربعمائة إلى القرنين الرابع والخامس الهجري، وقد جمعت في الكتب الأربعة ، وهي أشهر كتب الحديث عند الشيعة، وهي: "الكافي للشيخ محمد بن يعقوب الكليني" المتوفى سنة ٣٢٩هـ، و"التهذيب والاستبصار للشيخ أبي جعفر الطوسي" المتوفى سنة ٤٦٠ هـ، و"من لا يحضره الفقيه للشيخ الصدوق محمد بن علي بن الحسين بن بابويه" المتوفى سنة ٣٨١هـ، فلهذا كله نُسبت الشيعة إلى الإمام "جعفر بن محمد الصادق" (ع) وقيل إنهم أتباع المذهب الجعفري ويقال لأحدهم جعفري ...

أما مجتهدو الشيعة، فهم يستنبطون الأحكام الشرعية من الأدلة المعتبرة عندهم، وهي الكتاب والسنة والعقل والإجماع، والروايات المروية عن أئمة أهل البيت (ع) هي عند علماء الشيعة بحكم السنة لما مر علينا قريبا من أنهم ينطقون عن لسان جدهم (ص) ويخبرون عن العلم الواقعي الذي أخذوه عن الله بواسطة جدهم الأعظم ﷺ ...

أما عوام "الشيعة" فهم يرجعون في التقليد إلى المجتهدين الذين يستنبطون الحكم الشرعي من "الكتاب" و"السنة النبوية" وأخبار أئمة أهل البيت والعقل والإجماع ...

(٤) من مقدمة ناشر الطبعة الإيرانية العربية
المضاف لها تعليقات السيد "إسماعيل الصدر".
من وجهة نظر المذهب "الجعفري".

عودة الأمة إلى الإسلام تعتريها عقبتان :

عقبة خارجية.. تتمثل في قوى الاستكبار العالمي.. وعقبة داخلية.. تتمثل في ظاهرتين:

ظاهـــرة الهزيمة الداخلية التي مُنى بها قطاع كبير من أبناء أمتنا أمام وهج الحضارة الأوربية وبريقها ...

وظاهـــرة تخلف الدراسات الإسلامية البناءة عن مواكبة متطلبات عصرنا الراهن وعن لغة الجيل المعاصر ...

انتصار الثورة الإسلامية في إيران يشكل عاملا مهما على طريق إزالة العقبتين عن طريق الأمة الإسلامية ...

جـــاء نداء الإمام القائد في "ذي القعدة 1402هـــ" بشأن إلغاء كل القوانين غير الإســـلامية في المحـــاكم وإحلال القوانين الإسلامية في جميع أجهزة القضاء، ليشكل خطوة حاسمة على طريق "الثورة الإسلامية" ...

وهذه الثورة القضائية صعّدت من حاجة الدول الإسلامية إلى دراسات ودارسين في القضـــاء الإسلامي. وإسهاما منّا في سدّ جانب من هذه الحاجة، عزمنا "بإذن الله" على إعادة طبع كتاب "التشريع الجنائي في الإسلام" الذي نفد من الأسواق ...

ونحـــن عـــلى ثقـــة بـــأن هذا "الكتاب" الذي ألفه مجاهد عالم هو الأستاذ المرحوم "عـــبد القادر عوده" وعلق عليه المجاهد الفقيه المرحوم السيد "إسماعيل الصدر"، يستطيع أن يســـد جانبا مهمّا من الفراغ في الدراسات القضائية الإسلامية، خاصة وأنه يضم بين دفتيه وجهة نظر المذاهب الإسلامية الخمسة بما فيها مدرسة أهل بيت رسول الله ﷺ...

ومن الله نستمدّ العون والتوفيق ... إنه نعم المولى ونعم النصير

منشورات ... قسم الدراسات الإسلامية في مؤسسة البعثة ... مؤسسة البعثة طهران ذي الحجة ١٤٠٢ "هجرية".

الشاوي قـــرار الإمـــام الخميني المشار إليه في هذه المقدمة قضى بتطبيق أحكام المذهب الشـــيعي الجعفـــري بـــدلا من قوانين الشاه الوضعية. ومع أن هذا الكتاب عرض فقه المذاهب السنية الأربعة الكبرى، فقد أشار الناشر إلى أن السيد إسماعيل الصدر قد سارع إلى إعـــادة نشـــر الكتاب والتعليق عليه من وجهة نظر المذهب الجعفري في شهر "ذي الحجة 1402هـــ"، ليكون شاملا للمقارنة بين المذاهب الإسلامية الخمسة، ولسد حاجة القضـــاء الإيـــراني الذي التزم تنفيذ هذا القرار في بداية العصر الجمهوري "ذي القعدة 1402هـــــ"، ممـــا يؤكد الأهمية العملية لهذا الكتاب في التقريب بين المذاهب الإسلامية المختلفة وتوجيهها نحو الوحدة الثقافية للأمة الكبرى.

(٥)

ذكريات

الأستاذ "إسماعيل عبيد"

ناشر الطبعة الأولى

من كتاب (التشريع الجنائي الإسلامي) للمرحوم الأستاذ "عبد القادر عوده"

* * *

المجلد الأول : طُبع للمرة الأولى بواسطة المؤلف سنة 1949م – في مطبعة الثقافة – بمحرم بك الإسكندرية.

ثم طُبع بواسطة دار العروبة "دار التراث حاليا" في سنة 1959م وذلك في مطبعة المدني – المؤسسة السعودية – القاهرة.

وتكررت طباعته حتى تاريخه.

واعتُبرت كلها طبعة أولى، لأنه لم يدخل أي تعديل على الطبعة السابقة .

المجلد الثاني : تم التعاقد بين ورثة المؤلف والناشر (مكتبة دار العروبة) سنة 1960م – وتم استلام الأصول بخط المؤلف في كراستين ليس بهما أي شطب أو تعديل، مما يدل على أنها كانت معدة للنشر، وتمت طباعة هذا المجلد في نفس العام (1960م) في مطابع دار الفكر بدمشق، وذلك لنقص في الورق آنذاك .

وتكررت طباعة هذا المجلد أيضا مع المجلد الأول لعدة مرات لا تقل عن عشر بواسطة دار العروبة، ومن بعدها دار التراث وذلك حتى تاريخه، واعتُبرت كلها تكرارا للطبعة الأولى من الكتاب رغم أن عددها لا يقل عن عشر. وقد علمت أن بعض أولاد المرحوم "عبد القادر عوده" صرح لبعض دور النشر فى بيروت بطبع الكتاب، وطبع فعلا فى الخارج عدة مرات.

كما اتصل بي أحد الأشخاص وطلب أن يصرح له بترجمة الكتاب إلى اللغة الإنجليزية فأحلته إلى ورثة المرحوم "عبد القادر عوده" وعلمت أنه اتفق معهم .

ملاحظـــــــات

1- نظـــرا لضخامة المشروع وحرصنا على مساهمة كثير من زملائنا فى أبحاثها - فقد بادرنا بنشر هذا الجزء الأول من الموسوعة - الذى يتضمن المقدمات وخصائص الشريعة مقارنة بالقوانين الوضعية والنظريات التشريعية العامة على جميع فروع الفقه فى البـــنـــود (1-39) الواردة تحت عنوان تقديم وتوجيه وكذلك القسم الأول من الكـــتاب الأول بعنوان ماهية الجريمة وأنواعها (البنود من 40-82) فى المجلد الأول مـــن كـــتاب التشريع الجنائى مضافا إليها القسم الأول من الكتاب الأول - بشأن ماهيـــة الجـــريمة وأقسامها وسنخصص الأجزاء التالية من هذه الموسوعة لموضوعات القسم العام - بقدر ما يعيننا الله - تاركين القسم الخاص من الموسوعة (المجلد الثانى من كتاب الشهيد عوده) لمن يتابعون هذا المشروع .

* * *

2 - وتسهيلا لمهمة الباحثين فقد جعلنا حاشيتنا فى نهاية كل بند أو مجموعة بنود - عـــلى أن تميز بنجمة على يمين العنوان - وتكون أرقام البنود المشار إليها بالأرقام العربية (1-2-3 .....) حتى يطلع عليها القارئ بعد أن يقرأ البنود الأصلية - مع تعـــليقات الشـــيعة ورأينا عليها التى ستكون دائما مع الأصل فى صفحة واحدة - لارتباطها بالمواضع المشار إليها فى الطبعة الإيرانية .

كمـــا أن لـــنا بحوثـــا إضافية عبارة عن دراسة مع التعمق مكملة للحواشى - وجعلناها بخط مختلف عن الصلب والحواشى .

* * *

3 - سوف نقسم المجلد الأول من الموسوعة المشتمل على القسم العام إلى أجزاء أربعة وهى :-

- الجزء الأول : يضم المقدمات والتمهيد (البنود من 1 إلى 39 فى الأصل) وكذلك الـــبحث الإضافى عن أهمية الخصائص المميزة لفقهنا وشريعتنا يليه البنود 40 -82 بشأن ماهية الجريمة وأقسامها وحواشينا عليها وتميز صفحاته بحرف(أ).
- الجزء الثانى : الخاص بالركن المادى والشرعى للجريمة بنود 83 - 272 .
- الجزء الثالث: خاص بالركن الأدبى للجريمة بنود 273 - 436 .
- الجزء الرابع : خاص بالعقوبة بنود 437 - 537 .

وســـيكون لكـــل مـــن هذه الأجزاء الأربعة أرقامه حتى يمكن أن يضاف له فى المستقبل ما يقدمه المشاركون فيها من حواش أو تعليقات أو آراء تحمل أرقاما إضافية بحيث لا تخل بترقيم الأجزاء الأخرى .

تقديم وتوجيه

****

〈عوده〉 **١ـ *موضوع البحث*...** هــذه دراسات في التشريع الجنائي الإسلامي-٣- مقارنا بــالقوانين الوضــعية، وعلى الأخص القانون المصري، تقوم على بحث المبادئ والنظريات العامــة في الشريعة والقوانين، وبيان وجوه الخلاف والوفاق بينهما. وقد بدأت فيها بمقارنة أحكــام القســم الجنائي، وأرجو أن يعينني الله حتى أتمه، وأن يوفقني بعد إتمامه إلى مقارنة أحكام القسم المدني.

٢ـ *محتويات الجزء (المجلد) الأول*... وقــد خصصت هذا الجزء لمباحث القسم الجنائي العام، وسيكون الجزء (المجلد) الثاني شاملا للقسم الجنائي الخاص ...

٣ـ *مدى المقارنة بين الشريعة والقانون الوضعي*... وسيرى القارئ أني حرصت أشــد الحرص على أن تكون المقارنة شاملة لكل المبادئ والنظريات في كل موضوع جل أو هــان. وقد أردت من هذا أن يكون القارئ على علم بأحكام الشريعة-٤- في كل صغيرة وكبيرة ومدى اتفاقها أو اختلافها مع أحكام القوانين الوضعية. كما أردت أن أقطع الطريق على من في قلوبهم مرض فلا يقولون لماذا خاض في هذا الموضوع وترك ذاك ...

وحــين أقــارن بــين الشريعة والقوانين الوضعية، لن أتتبع القانون في أطواره الأولى بالمقارنة والموازنة، ولن أقارن بين القانون في القرن السابع الميلادي وبين الشريعة التي أنــزلت عــلى محمــد ﷺ في أول هذا القرن، فإن القانون في هذه العهود لم يكن في مستوى يسمح له أن يقارن بالشريعة الإسلامية، ولكني أقارن حين أقارن بين القانون في عصرنا الحاضر وبين الشريعة. وحين أفعل هذا إنما أقارن بين قانون متغير متطور يسير حثيــثا نحو الكمال حتى يكاد يبلغه كما يقال، وبين شريعة نزلت منذ ثلاثة عشر قرنا لم

〈الصدر〉 تعــليق "رقــم -٣-"على وفق المذاهب الأربعة التي يتبعها أهل السنة والجماعة، وقد تكفلنا في التعليقات لبيان رأي الفقه "الجعفري" ...

〈الشاوي〉 ... رأينا في "تعليق رقم -٣-": ظاهر أن فقهاء المذهب الشيعي قد استفادوا كثيرا من كــتابه وتولوا ترجمته ونشره عدة مرات باللغة الفارسية في إيران فضلا عن نشره باللغة العربية في طبعات متوالية ...

〈الصدر〉 تعــليق "رقم -٤-" على وفق المذاهب الأربعة السنية، وقد أردت في التعليقة أن يطلع القارئ على رأي فقهاء المذهب الجعفري ...

〈الشاوي〉 ... رأينا في "تعليق رقم -٤-" سوف نضيف رأينا في كل منها قدر المستطاع ...

〈عوده〉 تتغير ولم تتبدل فيما مضى، ولن تتغير أو تتبدل في المستقبل؛شريعة تأبى طبيعتها التغيير والتبديل؛ لأنها من عند الله، ولا تبديل لكلمات الله ولأنها من صنع الله الذي أتقن كل شيء خلقه، فليس ما يخلقه في حاجة إلى إتقان من بعد خلقه.

فنحن إذن حين نقارن إنما نقارن بين أحدث الآراء والنظريات في القانون وبين أقدمها في الشريعة، أو نحن نقارن بين الحديث القابل للتغيير والتبديل، وبين القديم المستعصي على التغيير والتبديل. وسنرى ونلمس من هذه المقارنة أن القديم الثابت خير من الحديث المتغير وأن الشريعة على قدمها أجل من أن تقارن بالقوانين الوضعية الحديثة، وأن القوانين الوضعية بالرغم مما انطوت عليه من الآراء واستحدث لها من "المبادئ والنظريات" لا تزال في مستوى أدنى من مستوى الشريعة.

وليعجب من شاء كما يشاء من هذا القول، فإن الحق في هذه الأيام أصبح غير مألوف بحيث يعجب منه أكثر الناس، ولكن العجب لن يستبد بمن كان له عقل يفكر ويقدر ويقارن ويوازن، ويميز الخبيث من الطيب.

إن الحديث قد يكون خيرا من القديم إذا قورن ما صنعه الناس قديما بما يصنعه الناس اليوم، لكن الحديث لن يتهيأ له أن يصل إلى مستوى "القديم" إذا قورن ما يصنعه الناس بما صنعه "رب" الناس.

لقد صنع الله موسى وعيسى ومحمدا وأوحى إليهم بـ "التوراة"و"الإنجيل" و"القرآن"، فهل جاء قبلهم أو بعدهم من غير الرسل من يصح أن يوضع معهم في موضع المقارنة؟ وهل استطاع البشر أن يأتوا بمثل ما أتوا به؟ ولقد صنع الله السماء والأرض، وسخر لنا الشمس والقمر وخلقنا معشر البشر، فهل يحسن البشر أن يصنعوا مثل هذا؟ إنهم لا يحسنون أن يصنعوه، بل إن أكثرهم لا يحسنون أن يفقهوه. وإذا استساغت عقول البشر أن تضع ما يصنعه مخلوق في مستوى ما صنعه مخلوق آخر، فإن هذه العقول لا تستسيغ بأي حال أن تضع ما يصنعه المخلوق في مستوى ما صنعه الخالق؛ لأنها تدرك الفرق بين الصناعتين وتحس المدى الواسع بين الصانعين. ولاشك في أن العقول التي تدرك هذا جديرة بأن تدرك الفرق بين الشريعة الإسلامية وهي من صنع الله وبين القوانين الوضعية وهي من صنع البشر، فإذا عجزت بعض العقول عن إدراك الفرق بينهما فأولى بأصحابها ألا يعجبوا مما نقول، وعليهم أن يعجبوا من أنفسهم كيف لا يدركون الواقع المحسوس وكيف لا يفهمون الأوليات والبدائه؟!

1 - 3 - الشريعة بالمعنى الضيق هي الكتاب والسنة لكن المعنى العام يشمل الفقه المتجدد متعدد المذاهب و الآراء :

يظهر للقارئ العادى من أول وهلة أن مؤلف الكتاب هدفه الدفاع عن الشريعة فيما يتعلق بالقسم الجنائى فيها – فهو يعنى بالرد على من يدَّعون أنها لم تعد صالحة للتطبيق فى العصر الحاضر – وأنه يلتزم خط الدفاع عن الشريعة والفقه بصورة مقنعة وناجحة أبرز فيها قدرته على تقديم الأدلة على سمو الشريعة وكمالها وخاصة فى القسم الجنائى منها – الذى عده "مظلوما" و "مجهولا" كل الجهل.

وقد اختار لهذا الدفاع طريق الموازنة بينها وبين القانون المصرى الذى كان فى نظره نموذجا للقوانين الوضعية التى يدعى كثيرون أنها أكثر ملاءمة للمجتمع فى العصر الحديث وأنها توصف بأنها (عصرية) .

فى مقدمته التمهيدية جعل أهم موضوعاتها هو "بيان خصائص الشريعة" "بالمعنى الضيق الذى يقصد به الكتاب والسنة" من حيث الكمال والثبات (الذى يميزها عن الفقه) وذلك عن طريق مقارنتها بالقانون الوضعى وبخاصة القانون المصرى .

إنه كان يأمل أن يواصل بحثه بدراسة القسم المدنى فى الفقه دراسة مقارنة .

ونعتقد أن "السنهورى" قد قام بذلك فى كتابه الشهير "مصادر الحق فى الفقه الإسلامى"، وهو التعبير الفقهى عن نظرية الالتزامات التى هى القسم العام فى القانون المدنى، وقد نشر بعد هذا الكتاب بعشر سنوات .

أملى أن أتم تنقيح المجلد الأول الذى خصصه لمباحث القسم الجنائى العام ليكون الطبعة الثانية بعد مرور خمسين عاما على الطبعة الأولى، وأرجو أن يتولى من هم أقدر منى مهمة دراسة المجلد الثانى عن "القسم الخاص" .

لكى تكون الموازنة واضحة، فإنه لابد أن أشير إلى التمييز بين الشريعة والفقه، وذلك لكى تسهل المقارنة بين الشريعة (بمعناها الضيق) وبين القوانين الوضعية العصرية .

فى أول صفحة فى كتابه يعلن أن الشريعة، "من صنع الله" وهو بذلك يشير إلى نصوص الكتاب والسنة، التى نعتبرها " الشريعة " بمعناها الضيق، لأن هذه النصوص السماوية هى جوهرها وأصولها ومنابعها. وهو يصفها بأنها " نزلت منذ ثلاثة عشر قرنا – لم تتغير ولم تتبدل فيما مضى، ولن تتغير أو تتبدل فى المستقبل، شريعة تأبى طبيعتها التغيير والتبديل، لأنها من عند الله، ولا تبديل لكلمات الله." .

❁ الشريعة بالمعنى الضيق هي نصوص الكتاب والسنة التي اكتملت ولاتقبل الإضافة أو التغيير أو التبديل و هي الأصل الثابت للفقه الإسلامي الذى هو جزء منها بمعناها الواسع العام :

وهـــو يميز الشريعة بذلك عن الفقه الذى جاء بعد ذلك، ومازال قابلا لأن ينمو ويتجدد ويتطور ويتنوع ويتعدد، حتى إنه عقب ذلك مباشرة فى البند (٥) يشير إلى أنـــه لم يعتمد فى بحثه على مذهب واحد من مذاهب الفقهاء الإسلاميين، وإنما جعل عمـــاد المقارنة المذاهب الأربعة المشهورة (المالكى والحنفى والشافعى والحنبلى)وأنه اجتهد فى أن يبين أساس الخلاف بين هذه المذاهب، إن كان ثمة خلاف .

بـــل يضيف أنه كان بوده أن يدرس بعض المذاهب الأخرى المشهورة كمذاهب "الشيعة والخوارج والظاهرية" لكن ظروفه ووقته قصرت به عما يريد .

لا شـــك فى أن كل مذهب من المذاهب الفقهية التى أشار إليها يبدأ كل منها بمؤسس المذهـــب، ولكنه لا يقف عند ذلك، بل تزداد ثروته الفقهية وتنمو كلما تعددت المؤلفات من علماء المذهب، سواء منهم من بلغ مرتبة الاجتهاد فى المذهب، ومن وقف عند حدود الاســـتنباط عـــلى ضوء ما قدمه أسلافه. وإن المستقبل كفيل بنمو فقهنا أكثر من ذلك بما يقدمه علماؤنا وباحثونا فى الحاضر والمستقبل من آراء مستحدثة أو مذاهب جديدة لمواجهة ما يستجد من أحداث وقضايا بحكم تطور المجتمعات وما يترتب عليه من زيادة حاجتها إلى أحكـــام فقهيـــة تواجه بها ما يستجد من مشاكلات ومسائل، أى أن الفقه كفيل بتجديد الأحكام وزيادتها وتطويرها وإعادة صياغتها بما يتناسب مع المجتمعات واحتياجاتها المتجددة .

معـــنى ذلـــك أنه هنا يحصر المقارنة بين القانون الوضعى الذى وصفه بأنه (متغير مـــتطور)، وبـــين شريعة نصوص (نزلت) من ثلاثة عشر قرنا، وهى مصادر شريعتنا ومنابعها وأصولها لم تتغير ولم تتبدل فيما مضى، ولن تتغير أو تتبدل فى المستقبل .

يريد بهذا أن شريعتنا تتميز بأن لها منابع إلهية وأصولا مقدسة هى الكتاب والسنة الـــلذان يتصفان بهذه الصفات، فى حين أن ما يسمى بالقوانين الوضعية هى فى مهب رياح الواقع المتغير، الذى لا يستقر وليس له أصل ثابت ولا مستقر، فهو يتغير بتغير واقع المجتمعات وما يطرأ عليها من موجات الانقلاب بلا ضابط ولا حصانة ولا أصل ثابت يدفعها للسمو بالمجتمعات نحو مثل عليا خالدة .

وبذلـــك تتميز الشريعة بأن أصلها ثابت؛ لأنه من صنع الله الذى أتقن كل شىء وســـنرى فى البند التالى أن فرعها فى السماء، وهذا الفرع الذى يرتفع وينمو هو ما نسميه الفقه الذى توفر مذاهبه المتعددة لشريعتنا مزايا التجديد والتطور ويمكنها من مواجهة تغيرات المجتمع بما يستنبطه من أحكام تتلاءم مع ظروف الزمان والمكان. فلا يـــتعجل القـــارئ ويظن أنه يصف الشريعة بالجمود الذى يمنع أحكامها من التجدد والنمو الذى تستلزمه طبيعة المجتمعات إلى يوم الدين .

﴿عوده﴾ ٤ـ *المذاهب الشرعية المقارن بها* ... وسيرى القارئ أني لم أعتمد في المقارنة على مذهب واحد من مذاهب الفقهاء الإسلاميين، وإنما جعلت عماد المقارنة المذاهب الأربعة المشهورة وهي : "المذهب المالكي"، و"المذهب الحنفي"، و"المذهب الشافعي"، و"المذهب الحنبلي"، فبينت أحكام كل مذهب من هذه المذاهب في كل موضوع طرقته واجتهدت في أن أبين أساس الخلاف بين المذاهب إن كان ثمة خلاف، ليكون القارئ ملما باتجاه كل مذهب وسنده .....

٥ـ *علة الاقتصار على المذاهب الأربعة* ..... وكان بودي أن أدرس بعض المذاهب الأخرى المشهورة كمذاهب الشيعة-٥- والخوارج والظاهرية، ولكن ظروفي ووسائلي ووقتي قصرت بي عن بلوغ ما أريد، فأنا موظف شاء حظه أن يكون مقر عمله في الريف دائما حيث تقل المكتبات والكتب أو تنعدم، ومن ثم فقد اعتمدت على نفسي في اقتناء الكثير الذي لا أجده وقنعت باستعارة القليل الذي أجده، وأغلب من يعتمدون على أنفسهم مثلي في هذه الحالة لا يستطيعون أن يحصلوا على كل ما يشتهون * ...

وكان الوقت أعظم مشكلاتي، فعملي الرسمي يأخذ مني كل أوقات فراغي تقريبا ولولا أني خصصت أوقات راحتي اليومية، وأيام عطلتي السنوية للدراسة والاطلاع، لما تغلبت على هذه المشكلة ....

وقد كان هذا كله سببا في أن أقصر دراستي على هذه المذاهب الأربعة، وأن أترك ماعداها من المذاهب المشهورة-٦- ولعلي أتدارك ما فاتني في طبعة مقبلة إن شاء الله.

[الصدر] تعليق ... "رقم -٥-" وتعليقتنا هذه تحقق أمل المصنف، وتبين آراء فقهاء المذهب الجعفري الشيعي ...

[الصدر] تعليق ... "رقم - ٦ -" وقد تكفلت هذه التعليقة لأشهر تلك المذاهب، وهو المذهب الجعفرى الشيعي ....

[الشاوى] ... رأينا في "تعليقي رقمي - ٥ -،-٦-" أشار السيد الصدر إلى أن مذهبه (الجعفري) هو أشهر مذاهب الشيعة، وهذا صحيح من حيث عدد فقهائه وأئمته وعلمائه وكتبه، وكذلك من حيث عدد أتباعه والملتزمين به في إيران وباكستان والخليج ولبنان وغيرها ... ويسمى أيضا مذهب "الإثنى عشرية" أو "الإمامية" بسبب تمسكهم بمبدإ عصمة "الأئمة الاثنى عشر".

---

* تراجع ترجمة الشهيد عوده في خاتمة الكتاب ....

4 ـ 5 ـ الفقه جزء من الشريعة بمعناها العام الواسع وقد اعتمد فى المقارنة على المذاهب السنية الكبرى الأربعة – وأضاف لها السيد الصدر المذهب الجعفرى :

الفقه هو علم الشريعة الذى يفتح الباب للاجتهاد البشرى والتجديد ويقبل التعدد فى المذاهب و الآراء والاختلاف بينها والتوسع فيها .

إنه يشير إليه فى بعض الأحيان بما يفهم منه أنه يَعُده الشريعة؛ لأنه جزء منها بمعناها العـام الواسـع، بسـبب التزامه بمنابعها الإلهية ونصوصها الثابتة التى لا تقبل التغيير والتـبديل، وهذا هو الذى يميز الفقه الإسلامى كجزء من "الشريعة بمعناها العام" عما يسمى بالقوانين "الوضعية" التى لا تلتزم بالكتاب والسنة .

إن الشريعة الإسلامية تتميز عن "القوانين العصرية" بأنها تتكون من عنصرين:

– أولهما وأهمهما هو مجموعة النصوص القطعية وتكون الشريعة بمعناها الضيق .

– وثانيهمـا هـو ما يستنبطه الاجتهاد أو الإجماع البشرى من مبادئ ونظريات وأحكـام تكـون الفقه الذى يثرى الشريعة وينميها بمذاهب متعددة وأحكام متنوعة ونظريات وقواعد مستمدة ومستنبطة من المصادر الثابتة الخالدة .

إن الـتزام الفقه الشرعى بالمبادئ الثابتة التى تضمنها القرآن الكريم والسنة النبوية يميـزه عن القوانين الوضعية، ويجب فى نظرنا أن يلتزم بهذه المبادئ حتى ولو وضع هذا الفقـه الشرعى فى صورة تقنين وعرض بالصورة العصرية المقننة التى توصلت إليها القوانـين الوضعية، وهذا يجعله جزءا من فقه الشريعة ويكسبه جميع خصائصها المميزة لهـا، لهـذا فإنـنا نرى التأكيد على وجوب التفرقة بين القوانين الوضعية من جهة، والتقنيـنات الشـرعية التى هى إحدى الصور العصرية للفقه الإسلامى فى مجتمعاتنا الحديثة فى الحاضر والمستقبل من جهة أخرى .

إن تعـدد المذاهـب فى الفقـه الإسـلامى والفروق الدقيقة بينها، برغم انتسابها واندماجها كلها فى الشريعة بالمعنى الواسع وعدِّها جزءا منها، هو من الخصائص المميزة لشريعتنا، والذى يزيدها خصوبة وثراء ومرونة .

وهـو يعـترف بأنه قصر بحثه على أربعة مذاهب فقط، وأن كل مذهب تحتاج دراسـته إلى الاطـلاع عـلى عدة كتب مختلفة، فكيف إذا توسع فى بحثه إلى جميع المذاهب الفقهية المشهورة – وماذا يصير إليه الحال لو استحدثنا فى المستقبل نظريات ومذاهـب تجديدية، وقد قال إنه وجد فى دراسته صعوبات كثيرة – فإن الصعوبات سوف تزداد فى المستقبل.

❁ تعدد المذاهب فى الفقه ثروة تعتز بها الشريعة فى الماضى والمستقبل :

إن تعـــدد المذاهـــب واخـــتلاف الآراء فى الفقه هو من خصائص الشريعة التى تكســـبها حيوية ومرونة واتساعا لايمكن أن تصل إليه "القوانين الوضعية" التى تكون عادة فى صورة نصوص جامدة تصدرها الدولة وتلزم الجميع بها .

أشار فقيهنا إلى رغبته فى توسيع نطاق دراسته إلى المذاهب المشهورة الأخرى التى ذكر فى مقدمتها مذهب الشيعة وحال دون ذلك استشهاده المبكر .

لكـــن فقهاء المذهب الشيعى قد استفادوا كثيرا من كتابه وتولوا ترجمته ونشره عـــدة مرات باللغة الفارسية فى إيران فضلا عن نشره باللغة العربية، وأضاف بعض فقهـــائهم تعليقات عليها لمقارنة أحكام مذهبهم بما أورده المؤلف عن المذاهب السنِّية الأربعة .

وقـــد اطلعـــنا أخيرا على الطبعة الإيرانية العربية الثانية لهذا الكتاب نشرها فى طهران قسم الدراسات الإسلامية فى مؤسسة البعثة – فى عام 1402 هـــ – وأشير فى عنوان الكتاب إلى أنه شامل للمذاهب الخمسة – بعد أن أضاف المعلق إلى ما كتبه شهيدنا تعليقات تبين آراءه المستمدة من أقوال الفقهاء فى مذهب الشيعة "الجعفرية" وأشار إلى أن الذى كتبها هو "المجتهد المجاهد حجة الإسلام والمسلمين المرحوم السيد إسماعيل الصدر"[1] .

---

[1] قال إن تعليقاته "تحقق أمل المصنف (عوده)"، ونأمل أن يقيض الله لهذا الكتاب من يضيف إليه تعليقات مستمدة من مذهب الظاهرية – لابن حزم وأمثاله – وغيره من المذاهب المشهورة الأخرى التى أشار لها مؤلفه .

﴿عوده﴾ ٦ـ *لغة البحث* ... ولم أشأ أن أكتب باللغة التي يكتب بها فقهاء الشريعة؛ لأني دون شك أعجز من أن أجاريهم في أسلوبهم الدقيق العميق؛ ولأن القارئ العادي يعجز عن فهم هذا الأسلوب. وفضلت أن أكتب باللغة التي يكتبها ويفهمها رجال القانون الآن، مكتفيا بإبقاء الاصطلاحات الفنية الشرعية أو ذكرها وذكر ما يقابلها في اصطلاحنا القانوني. ولكني لم أهمل الإشارة إلى المراجع التي استندت إليها أو أخذت عنها.

وقد دفعني لسلوك هذا الطريق الحرص على أن يفهم كل قارئ ما أكتب دون حاجة إلى تعمق في الفهم أو كد للذهن، ولعلي بهذه الطريقة أكون قد سهلت لمن درسوا دراسة مدنية فهم الشريعة دون حاجة للرجوع إلى كتبها، بل لعلي أكون قد سهلت لهؤلاء فهم كتب الشريعة على حقيقتها إذا ما حاولوا الرجوع إليها بعد قراءة كتابي هذا، فمما لاشك فيه أن كتب الشريعة مكتوبة بلغة دقيقة مركزة . ولا يستطيع فهم هذه الكتب إلا من مرن على قراءتها، وكان على علم بالقواعد الشرعية الأساسية. وهذه صفات لا تتوافر غالبا فيمن درسوا دراسة مدنية ...

على أني مهما حاولت أن ألتزم أساليبنا القانونية، فإني أعلم أني عاجز عن التخلص من أثر الأساليب الشرعية، ولعل مصاحبتي الطويلة لكتب الشريعة قد تركت أثرها في لغتي وأسلوبي وهو أثر أرجو أن يفيد القارئ، وأن يقربه مرحلة من فهم كتب الشريعة ...

٧ـ *الفقهاء والشراح* ... وقد التزمت أن أقصر لفظ الفقهاء على علماء الشريعة، وأن أخصص لفظ الشراح لعلماء القانون، وأحب الآن أن أنبه لذلك حتى إذا ما عرض أحد اللفظين غير مميز على القارئ لم يشتبه عليه الأمر. وأساس هذه التفرقة غلبة التسمية وانطباق اسم كل على عمله، ففي الشريعة يسمون العالم في الغالب فقيها، وفي القوانين يسمون العالم في الغالب شارحا . والواقع أن طبيعة عمل كل منهما تصلح أساسا للاسم الذي غلب عليه. فالعالم في الشريعة يشرح النصوص وهى قليلة ويستنبط القواعد والمبادئ والنظريات التي تترتب على هذه النصوص، ويرتب على أساسها الأحكام، فأكثر عمله فقه وأقله شرح، ومن ثم غلب عليه لفظ الفقيه، والعالم في القانون أكثر عمله شرح النصوص التي لا حد لها من الكثرة، وهو يشرحها طبقا للقواعد والمبادئ التي جاءت بها النصوص العامة، وهذا لا يمنعه أن يستنبط بين الحين والآخر مبدأ جديدا أو نظرية حديثة، إلا أن استنباط المبادئ والنظريات هو أقل عمله وشرح النصوص هو أكثر عمله؛ لأن ورود النصوص في كل ما يتصور من حالات يسد عليه باب التفكير والاستنباط ويوجهه إلى الشرح، ومن ثم غلب عليه لفظ الشارح .

6.7 المصطلحات العصرية والفرق بين الفقهاء والشراح :

فى المقارنة بين نظامين تشريعيين يختلف كل منهما عن الآخر فى مصطلحاته، لابد من مواجهة الاختلاف بين لغة المصطلحات فى كل منهما. وقد اختار فقيهنا أن يعلن فى بدايـــة بحثه أنه لا يلتزم باللغة التى سار عليها فقهاؤنا فى كتب التراث، وفضل أن يكتب بلغة القوانين المعاصرة .

وعلل ذلك بأمرين :

أولهمـــا : أنـــه عجز عن أن يجارى فقهاء الشريعة "فى أسلوبهم الدقيق العميق"، وعـــذره أنه درس القوانين الوضعية قبل أن يقتحم مجال دراسة الفقه والاطلاع على كتب التراث.

أمـــا الأمر الثانى : فهو قوله " إن القارئ العادى – المعاصر – قد يصعب عليه دراسة كتب الفقه الإسلامى دراسة كافية " .

ونحـــن نعـــد ذلك الاختيار من ملامح التجديد فى هذه الدراسة، إلا أننا سنبدى بعـــض الـــتحفظات إزاء اســـتعماله بعـــض المصطلحات الوضعية مثل : "السلطة التشريعية" و"رئيس الدولة" بل و"العقوبة الجنائية" فى بعض الأحوال .

* * *

أحسن الفقيه الشهيد عوده بالإشارة إلى التفرقة بين مهمة الفقه الوضعى العصرى ومهمـــة الفقه الإسلامى التى هى أوسع وأهم لأنها تشمل استنباط الأحكام الفرعية والمبادئ العامة، بل والنظريات من المصادر الإلهية عن طريق الاجتهاد .

* * *

لقد نبه فى مقدمته إلى أن فقهنا له دور تشريعى يتجاوز دور فقه القانون الوضعى المعاصـــر لأنـــه يقـــوم باســـتنباط الأحكام والقواعد ويلزمه لذلك أن يقدم المبادئ والأصول والنظريات، ولا يكتفى بشرح النصوص كما هو الأصل فى كثير من أبحاث فقهاء القانون الوضعى العصرى، الذى يصر على تسميتهم "بالشراح" ليميزهم عن "فقهاء" الشريعة[1].

(1) بند -7- وهو يشير إلى أن شراح القوانين يستنبطون من حين لآخر مبدأ جديدا أو نظرية حديثة – إلا أن شرح النصوص هو أكثر عملهم .

<عوده> ٨ـ *لماذا بدأت بالقسم الجنائي* ... ولقد بدأت بالقسم الجنائي؛ لأنه القسم المنبوذ المظلوم في الشريعة. فنحن معشر القانونيين لاندرس من الشريعة إلا الجزء الخاص بالأحوال الشخصية وماعدا ذلك فهو مهمل إهمالا يكاد يكون تاما، وبخاصة القسمان المدني والجنائي. وقد أدى بنا هذا الإهمال إلى نتيجة لابد منها؛ وهى أنا نجهل أحكام هذين القسمين جهلا فاضحا، ولكننا بالرغم من ذلك نعترف بأن الشريعة بلغت في المسائل المدنية مستوى لا يقل عن المستوى الذي بلغته القوانين الوضعية ...

وقد ساعدنا على هذا الاعتراف من وجه أن رجال القانون يرجعون إلى الشريعة مجبرين في قليل من المواضع المدنية؛ لأن نصوص القانون المدني التي تحكم هذه المواضع أخذت عن الشريعة الإسلامية، وهذه النصوص على قلتها يمكن أن تعطي فكرة لا بأس بها عن الشريعة. كذلك ساعد على هذا الاعتراف من وجه آخر أن المرحوم "محمد قدري باشا" سهل بكتابه "مرشد الحيران" المقارنة بين القسم المدني من الشريعة على مذهب "أبي حنيفة" وبين القوانين الوضعية حيث نظم أحكام المذهب "الحنفي" في المسائل المدنية في مواد وأبواب متتالية على غرار مواد وأبواب القانون المدني المصري، فمكن (رحمه الله) بعمله هذا لكل من يطلع على كتابه أن يقارن بسهولة بين أحكام الشريعة وأحكام القانون وأن يعرف دون الرجوع إلى الكتب الفقهية مدى الائتلاف والاختلاف، وإن كانت هذه المعرفة وتلك المقارنة لا تنتهي في الغالب إلى نتائج صحيحة مادام المطلع يجهل كل الجهل الأصول والقواعد العامة التي قامت عليها الأحكام الشرعية ومادام يجهل كل شيء عن آراء فقهاء المذاهب الأخرى ...

أما القسم الجنائي، فهو في عقيدة جمهور رجال القانون لا يتفق مع عصرنا الحاضر ولا يصلح للتطبيق اليوم، ولا يبلغ مستوى القوانين الوضعية، وهى عقيدة خاطئة مضللة. وإذا حاول أي شخص منصف أن يعرف الأساس الذي قامت عليه هذه العقيدة فسيعجزه أن يجد لها أساسا سوى الجهل، وسيدهشه أن يعلم أننا نحكم على القسم الجنائي في الشريعة بعدم الصلاحية ونحن نجهل كل الجهل أحكام الشريعة الجنائية مجملة ومفصلة ...

ومن المؤلم للنفس أن تروج هذه العقيدة الخاطئة أو الأكذوبة الكبرى، وأن يلقنها الطلبة على أنها عقيدة مسلم بها من أولي العلم والقائمين على أمر التشريع بالرغم من أنها قائمة على مخالفة الواقع، وإنكار الحقائق، والجهل الفاضح بأحكام الشريعة، ومن

<عوده> أراد أن يعـــرف مدى خطإ هذه العقيدة وضلالها فعليه أن يرجع إلى كتب الشريعة الإسلامية ليرى أن كل مبدأ أو كل قاعدة وكل نظرية في الشريعة الإسلامية تنادي بخطإ هذه العقيدة وبعدها عن الصواب .

وقد رأيت من الواجب عليّ، بعد أن تبين لي ذلك أن أحارب هذه العقيدة الخاطئة الظالمـــة، وأن أبـــدأ بالكتابة في القسم الجنائي الذي نبذناه دون حق، وجهلناه دون عـــذر؛ لأُعـــرِّف الناس بهذا القسم على حقيقته؛ ولأبين لهم أن الشريعة تتفوق على القوانين الوضعية تفوقا عظيما في المسائل الجنائية عامة، وأن القسم الجنائي في الشريعة صـــالح كل الصلاحية للتطبيق في عصرنا الحالي، وفي "المستقبل" كما كان صالحا كل الصلاحية في الماضي ...

{٢٨/أ}

❁ 8 – الفقه الجنائي مظلوم ... مهمل ... مجهول :

الفقهاء القانونيون كما قال يشرحون نصوص القوانين الوضعية، لكن كثيرا من علمائنا المتأخرين كان أغلبهم يكتفى بشرح كتابات أسلافهم بحجة الالتزام بمذهب معين من مذاهب الفقه دون التطلع إلى الأصول العامة الجامعة التى هى المنبع الذى بنى عليه الأئمة آراءهم واجتهاداقم ومذاهبهم، والتى تمكنهم من عرض الأصول والنظريات العامة، ولذلك فإن الشهيد عوده يعد من الرواد القلائل الذين يقودون الدراسات الفقهية المعاصرة فى طريق الاستعانة بالنظريات العامة التى تسهل الاجتهاد والتجديد العصرى فى مجال التشريع الجنائى بصورة مستحدثة .

إنه اختار أن يبدأ بدراسة التشريع الجنائى؛ لأن جمهور رجال القانون ذوى الثقافة العصرية أصبحوا يظنون خطأ أنه بعيد عن مفاهيم عصرنا؛ لأنهم لم يدرسوه بالأسلوب العصرى، واقتصر بحثهم فى الفقه الإسلامى على الأحوال الشخصية التى بقيت الشريعة فيها نافذة. ثم إن شراح القوانين الوضعية التى يدرسونها توهمهم أن كل ما يخالف اتجاهاتها أو نظمها يكون متخلفا، ولا يصلح للتطبيق فى عصرنا، طالما أنه لا يعرض لهم فى صورة تقنينات عصرية. ولهذا أثنى على تقنينات قدرى باشا، كما أثنى السنهورى عليه بقوله[1]: "نقصد بالفقهاء المحدثين الذين كتبوا فى الفقه الإسلامى فى عصرنا هذا وبسطوا مسائله فى لغة قريبة إلى مدارك هذا العصر ليقربوها إلى أذهان الدارسين، وهى مدرسة تنتظم طائفة من رجال الفقه أدوا إلى الفقه الإسلامى خدمة جليلة بما نشروا من متون وشروح وبحوث؛ ولعلنا لا نخطئ إذا اعتبرنا المغفور له "محمد قدرى باشا" زعيم هذه المدرسة أو هو رائدها الأول .

ونلاحظ أن تقنينات قدرى باشا كانت خاصة بالمسائل المدنية فيما يخص الأوقاف والأحوال الشخصية. وقبلها، كانت مجلة الأحكام العدلية التى أصدرتها الدولة العثمانية، ولم يشر إليها لأنها لم تطبق فى مصر، لكنها طبقت فى الدولة العثمانية بما فيها الأقطار العربية التى كانت خاضعة لها مثل العراق والأردن وسورية والكويت، بل بقيت نافذة فى تلك الأقطار بعد سقوط الخلافة زمنا طويلا، وقد أشاد بها السنهورى لأنه درسها عند إعداد التقنين العراقى، وعَدَّها أهم مصادره .

[1] تراجع مقدمة د / السنهورى لكتابه الشهير عن "مصادر الحق فى الفقه الإسلامى" (ص12).

وهذا الكتاب مهد الطريق للتقنينات الفقهية الجنائية فيما بعد.

إن الشهيد كان نموذجا لجيل من المفكرين الإسلاميين الذين تصدوا للدفاع عن الشريعة ضد من يشهرون بها أو يعترضون على المطالبين بالالتزام بها، وهو يعرف أن من مقتضيات الدفاع المبادرة إلى تقديم آراء مستحدثة وقواعد مستنبطة تدخل فى نطاق التجديد والاجتهاد. ولقد أبلى هذا الجيل بلاء حسنا فى هذا الدفاع، ونجحوا إلى حد كبير فى التصدى للهجوم بما قدموه من آراء وأفكار تُعدُّ فى نظرنا اجتهادات عصرية .

إننا نعتقد أن جهود المدافعين عن الشريعة قد ساهمت إلى حد كبير فى الصحوة الإسلامية المعاصرة التى أدت إلى جعل تطبيق الشريعة مطلبا شعبيا يحوز تأييدا إجماعيا فى العالم العربى والإسلامى إلى حد كبير، ونرى أن هذه الصحوة توجب على من يؤمنــون بالالتزام بالشريعة أن يبدءوا مرحلة جديدة يواجهون فيها ما يفرضه هذا التطبيق العملى من اجتهادات لتسهيل التطبيق الفورى والاستجابة لمتطلبات المشاكلات العصرية التى لم يواجهها ولم يتوقعها الفقه الإسلامى فى عصوره الزاهرة.

صحيح أن العالم أصبح يعترف بعظمة الحضارة الإسلامية التى أنارت مجتمعاتنا وجعلتها تسود العالم فى فترة كان العالم كله يتخبط فى ظلمات ما يسمى بالعصور الوسطى، لكن ذلك لا يمنع من الإقرار بأن مجتمعاتنا المعاصرة تواجه مطالب ومشاكلات مستحدثة لم تعرفها أمتنا فى العصور الماضية، وهذه المطالب تفرض على من يؤمنون بسمو الشريعة وكمالها أن يتابعوا ما بدأه أسلافهم من استنباط الاجتهادات التى يواجهون بها هذه المطالب والمشاكلات فى المجتمعات المعاصرة، وفى مستقبل العلاقات والنظم الاجتماعية فى المجتمعات الإنسانية، وقد تصدى الشهيد "عوده" وجيله لهذه المهمة .

﴿عوده﴾ ٩ـ *كيف دُفعت لدراسة الشريعة ؟* وأعترف للقارئ أنني لم أبدأ دراسة الشريعة الإسلامية إلا في سنة ١٩٤٤"م"، وأنني لم أكن قبل ذلك مشغوفا بقراءة كتب الفقه. ولكني كنت مشغوفا بقراءة كتب التاريخ وسير أبطال الإسلام، وكتب التاريخ الإسلامي لا تتعرض عادة للمسائل الفقهية ولكنها حين تتعرض للبطل كقاض أو حاكم أو مشرع، تذكر بعض ما أثر عنه من قضاء أو حكم أو تشريع، وهذه الآثار تثير في الرجل الفني روح المقارنة والمفاضلة. وقد أدهشني أني لم أجد قضاء أو حكما أو تشريعا إسلاميا إلا روعيت فيه المبادئ والنظريات الجنائية الحديثة التي قيل لنا في المدارس: إنها من ابتداع القوانين الوضعية، وإن العالم لم يعرفها إلا في القرن التاسع عشر على إثر الثورة الفرنسية، فحملني هذا التناقض الظاهر بين ما سمعت وبين ما لمست على أن أدرس القسم الجنائي في الشريعة دراسة منظمة. وقد خرجت من دراستي بأن العيب الوحيد في هذا القسم هو أن الناس يجهلونه كل الجهل، وأنه فيما عدا ذلك خير من أي قانون وضعي على وجه الأرض، بل هو المثل الأعلى الذي يجب أن يأخذ به ويحتذيه كل مشرع وضعي في أي بلد إسلامى أو غير إسلامي ...

9 – عشر سنوات قضاها الشهيد فى إعداد كتابه :

إن إشارته إلى أنه بدأ فى دراسة فقه الشريعة فى عام 1944 معناها أنه قضى فى إعداد كتابه عشر سنوات، حيث إن استشهاده كان فى عام 1955 واعتقاله بدأ فى عام 1954. وقد بين لنا أنه بدأ بالقسم الجنائى فى الفقه لأن جمهور رجال القانون يظنون خطأ أنه لايتفق مع عصرنا لمجرد أنه يختلف عن الأسلوب المتبع فى القوانين الوضعية التى درسوها وتعلموها ويلتزمون بتطبيقها فى كثير من البلاد.

وقد يظن البعض أنه لم يحاول أن يقدم اجتهادات أو مبادرات مستحدثة فى مجال الفقه الإسلامى تُعدُّ تجديدا قد يحتاج إليه من يبدءون فعلا فى تطبيق أحكام الشريعة فى العصر الحاضر؛ ولذلك سنبذل جهدنا لإبراز ملامح التجديد فى دراسته، التى نرى أنها كانت مرحلة لا بد منها، أولا لتسهيل مهمة الاجتهاد عندما يتقرر مبدأ الالتزام بالشريعة وصلاحيتها للتنفيذ الفورى الشامل الذى يدعو إليه، وتقنين أحكامها لتسهيل مهمة القاضى المقلد فى تطبيقها، ومهمة الفرد العادى فى العلم الكافى بها.

إن كتاب "عبد القادر عوده" قد فتح لنا طريق الاجتهاد فى فقهنا الجنائى ومهد أسبابه أمام علماء الفقه والقانون الذين يتصدون لتطبيق أحكام التشريع الجنائى الإسلامى فى مجتمعاتنا التى حرمت من ذلك زمنا طويلا. وبرغم أنه لم يتباه أو يتفاخر مطلقا بأنه اقتحم ميدان الاجتهاد فى الفقه الإسلامى، فإننا سنرى فى دراساتنا أنه قدم لنا اجتهادات لابد من إبرازها وتقييمها للاستفادة بها فى مواصلة الاجتهاد فى هذه المرحلة الجديدة، مرحلة التطبيق الفعلى للفقه الإسلامى والالتزام بشريعتنا الغراء. وقد لاحظنا أن السيد "إسماعيل الصدر" قد أشار إلى نشره هذا الكتاب لسد حاجة القضاء الإيرانى الذى التزم بإحلال القوانين الإسلامية فى جميع أجهزة القضاء .

﴿عوده﴾ ١٠ ـ *حاجة الكتب الشرعية إلى تهذيب* ... ولقد أتعبتني دراسة القسم الجنائي، حيث بدأت الدراسة وأنا لا أعرف شيئا يذكر من علم الأصول، ولا المصطلحات الفقهية. وزاد الدراسة تعبا أني لم أتعود قراءة كتب الفقه، وأن هذه الكتب ليست مفهرسة، وليس من السهل على من يحب الاطلاع على مسألة معينة أن يعثر على حكمها في الحال، بل عليه أن يقرأ بابا وأبوابا حتى يعثر على ما يريد خصوصا إذا لم يكن له من يرشده. وقد ييأس الباحث من العثور على ما يريد.ثم يوفقه الله فيعثر عليه مصادفة في مكان لم يكن يتوقع أن يجده فيه ..

ولا يسير فقهاء المذاهب المختلفة على غرار واحد في الترتيب والتأليف . فما يقدمه مذهب قد يؤخره المذهب الآخر، وما يدخل في باب معين في هذا المذهب قد لا يدخله المذهب الآخر في نفس الباب. ويضاف إلى ما سبق أن الفقهاء يكتبون بعبارة مركزة دقيقة، وهم في كثير من الأحوال يذكرون الحكم ولا يذكرون علته، خصوصا في الكتب المختصرة والمتون ...

ولاشك في أن دراسة المذاهب الشرعية دراسة مقارنة مجهدة بذاتها ؛ لأني كنت أدرس بدلا من الكتاب الواحد أربعة كتب، ولكن هذه الدراسة أفادتني في الواقع فائدة كبرى إذ سهلت لي فهم مختلف النظريات، وفهم الأسس التي بني عليها كل فقيه نظريته، وساعدت على إظهار الفروق الدقيقة بين المذاهب الفقهية ...

وأعترف أني عندما قرأت كتب الشريعة لأول مرة لم أفهمها حق الفهم، فقد أخذت عن بعض المسائل فكرة تبين لي خطؤها في القراءة الثانية، ومن ثم فقد قرأتها مثنى وثلاث ورباع، بل قرأتها حتى أصبحت أستزيد بقراءتها عمقا ولا أكاد أصحح خطأ. ولقد حملني على قراءة الموضوع الواحد أكثر من مرة أني كنت أدرس المذاهب الأربعة، وأدرس عدة كتب لمؤلفين مختلفين في كل مذهب. وساعد على هذا أني لم أحصل أول الأمر إلا على كتب قليلة مختصرة، ثم صرت أحصل تباعا على غيرها مما هو أكثر توسعا منها. على أني مع هذا لا أعتقد أني سلمت من الوقوع في الخطإ، فما أنا إلا إنسان غير معصوم بذل جهده في تجنب الخطإ، وإني لأرجو ممن يعثر على خطإ أن يبصرني به مشكورا لأتجنبه في المستقبل.

وحين لمست المجهود الذي يجب على رجل القانون أن يبذله ليلم بأحكام الشريعة، ورأيت النتائج الباهرة التي وصلت إليها، واكتشفت الأخطاء المضحكة المبكية التي وقعنا فيها، شعرت بأن عليّ واجبا عاجل الأداء نحو الشريعة ونحو زملائي من رجال القانون ونحو كل من درسوا دراسة مدنية، وهذا الواجب هو أن أعرض على الناس أحكام الشريعة في المسائل الجنائية في لغة يفهمونها وبطريقة يألفونها، وأن أصحح لرجال القانون معلوماتهم عن الشريعة، وأن أنشر على الناس الحقائق التي حجبها الجهل عنا زمنا طويلا.

❁ 10 – صعوبة الرجوع إلى كتب الفقه :

اعترف (فقيهنا) بصعوبة الرجوع إلى كتب الفقه للأسباب التى عرضها ثم يقول : "ويضاف إلى ما سبق أن الفقهاء يكتبون بعبارة مركزة دقيقة، وهم فى كثير من الأحوال يذكرون الحكم ولا يذكرون علته، خصوصا فى الكتب المختصرة والمتون" .

كل ذلك يؤكد أهمية الدور الذى قام به والجهد الكبير الذى بذله فى عرض الأحكام الشرعية فى صورة مقارنة مع القوانين الوضعية تسهل مهمة الفقهاء فى جيلنا وفى أجيال المستقبل، وتمكنهم من استخدام أساليب الفقه المستحدثة فى عصرهم لعرض النظريات والمبادئ والأحكام فى فقهنا بصورة تسهل على الباحثين فى الحاضر والمستقبل دراسة الفقه وتجديده بل و الاجتهاد فى استنباط الأحكام المستحدثة .

ونشير هنا إلى قول (السنهورى) عن الطريقة العلمية لدراسة الفقه الإسلامى فى نظره – حيث قال :

"إذا كنا سنجرى فى بحثنا على أساليب الفقه الغربى، فإن المصادر التى سنستند إليها هى المصادر الإسلامية، بل هى المصادر الأولى فى الفقه الإسلامى" [1] .

ومعنى ذلك أن بداية التجديد تكون فى استخدام الأساليب المستحدثة مع الالتزام بالمصادر والأصول الإسلامية، وهى التى تميز تقنينات فقهنا عن "القوانين الوضعية"، ولذلك نصر على عدم استعمال تسمية القوانين المستمدة من الشريعة التى جرى عليها كثير من الباحثين ومنهم السنهورى نفسه .

[1] تراجع مقدمة كتابه القيم عن "مصادر الحق فى الفقه الإسلامى"، المقدمة ص 2.

〈عوده〉 ١١ ـ *طريقة التأليف* ... وسيرى القارئ أني نظمت الكتاب وبوبته على غرار كتب القانون، وقد تعمدت هذا لأقرب البحث من قلوب رجال القانون وعقولهم، وحتى لا يشعروا أنه غريب عليهم أو على غير مألوفهم فيقدموا على قراءته متشوقين، ويسهل عليهم أن يبحثوا عما يشاءون لأنهم سيجدونه في المحل الذي ألفوا أن يجدوه فيه ...

وقد شجعني على اختيار هذه الطريقة أن الفقهاء لا يفصلون بين القسم العام والقسم الخاص كما يفعل اليوم شراح القانون، بل هم يتكلمون عن القواعد العامة بمناسبة الكلام على الجرائم الخاصة كلما اقتضى الأمر بحث قاعدة عامة أو الكلام عليها . فإذا ما فصلت القسم العام عن القسم الخاص وأظهرت أحكام كل على حدة، فإنما فعلت ذلك لتسهيل البحث ونزولا على حكم التطور في التأليف والترتيب . وقد اقتضاني هذا أن أدرس الحدود والقصاص والتعازير، أو بتعبير آخر كل ما كتب عن الجرائم، ثم لأستخرج من هذا كله القواعد العامة، ثم نظمتها بعد جمعها على الوجه الذي سيراه القراء ...

١٢ ـ *كيف وصمت الشريعة بعدم الصلاحية* ... وقد تبين لي "كما سيتبين للقارئ" من دراسة الشريعة أن القائلين بأن الشريعة لا تصلح للعصر الحاضر لا يبنون رأيهم على دراسة علمية أو حجج منطقية ؛ لأن الدراسة العلمية والمنطق يقتضيان القول بتفوق الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية وبصلاحية الشريعة لهذا العصر ولما سيتلوه من عصور...

وفوق هذا، فالقائلون بعدم صلاحية الشريعة للعصر الحاضر فريقان : فريق لم يدرس الشريعة ولا القانون ... وفريق درس القانون دون الشريعة... وكلا الفريقين ليس أهلا للحكم على الشريعة ؛ لأنه يجهل أحكامها جهلا مطبقا، ومن جهل شيئا لا يصلح للحكم عليه

والواقع أن هؤلاء الجاهلين بالشريعة يبنون عقيدتهم الخاطئة في عدم صلاحية الشريعة على قياس خاطئ، وليس على دراسة منظمة. ذلك أنهم تعلموا أن القوانين الوضعية القائمة الآن لا تمت بسبب إلى القوانين القديمة التي كانت تطبق حتى أواخر القرن الثامن عشر وأوائل القرن التاسع عشر الميلادي وتعلموا أن القوانين الوضعية الحديثة قائمة على نظريات فلسفية واعتبارات اجتماعية وإنسانية لم يكن لها وجود في

〈عوده〉 القوانين القديمة، وتحملهم المقارنة بين هذين النوعين من القوانين على الاعتقاد بعدم صلاحية القوانين القديمة للعصر الحاضر، وهو اعتقاد كله حق، ولكنهم ينساقون بعد ذلك إلى الخطإ حين يقيسون الشريعة الإسلامية بالقوانين الوضعية فيقولون: مادامت القوانين التي كانت سائدة حتى أواخر القرن الثامن عشر لا تصلح لعصرنا الحاضر، فكذلك الشريعة الإسلامية التي كانت سائدة في العصور الوسطى، والتي ظل الكثير من أحكامها معمولا به حتى أواخر القرن الثامن عشر، وفي هذا القياس الباطل خطؤهم المجسم الذي لا يكاد يفوت الناقد البصير ...

۞ 11 – 12 – المصطلحات المستحدثة والتبويب العصرى تسهل دراسة الشريعة :

أعجبنى أنه بدأ بالإشارة إلى أهمية المصطلحات فى هذه الدراسة المقارنة. وبرغم حرصه على إبراز مزايا الشريعة وفقهها وأن لها مصطلحات فنية دقيقة لا بد من الاحتفاظ بها، فإنه يبادر إلى الاعتراف بأنه سيلتزم باستخدام المصطلحات القانونية العصرية، وعلل ذلك بحرصه على أن يسهل على زملائه وأقرانه من ذوى الثقافة العصرية مهمة الاقتناع بحجته واستيعاب الأدلة التى تؤيد وجهة نظره فى سمو الشريعة وشمولها وكمالها إذا قورنت بالقوانين الوضعية التى درسوها، وهى المطبقة حاليا فى كثير من أنحاء العالم الإسلامى، وبخاصة فى مصر. ويجب أن أضيف لذلك أن جمهور الناس قد ألفوا هذه المصطلحات، فأصبح استعمالها ضروريا ليدركوا مزايا الأحكام الشرعية التى يطالبون بتطبيقها .

إن إقرار الشهيد "عوده" بأن أحكام الشريعة ومبادئها ونظرياتها لا تأبى مطلقا أن تعرض بلغة عصرية ولا أن تستخدم فى دراستها اللغة التى يكتبها ويفهمها رجال القانون الوضعى والمصطلحات القانونية المعاصرة، إنما يفتح لنا بابا واسعا لأبحاث عصرية لا بد أن تتفرع عنها نتائج مهمة سنحاول إبرازها وتأكيدها والاستفادة منها.

أهم هذه النتائج هو أن الاختلاف الجوهرى بين الشريعة والقانون الوضعى هو اختلاف المنبع والغاية "أى المقاصد"، إلا أنه لا يستلزم حتما التعارض والتناقض بين الأحكام الشرعية والوضعية بالصورة التى يتوهمها البعض كما سنرى فيما بعد .

* * *

يقول إن البعض يدعون عدم صلاحية الشريعة لأنهم لم يدرسوها، وبعضهم درس القوانين الوضعية فقط، وهى قائمة على أصول ونظريات وفلسفات وضعية، وهى دراسة تبعدهم عن خصائص الشريعة التى تختلف عن خصائص القوانين الوضعية.

ولتسهيل مهمتهم فى هذه الدراسة، نلاحظ أنه لم يكتف باستعمال لغة القوانين المعاصرة ومصطلحاتها، بل إنه عرض بحثه وبوبه على غرار كتب القانون، بل والقوانين الوضعية ذاتها، وعلل ذلك برغبته فى تقريب بحثه من قلوب رجال القانون وعقولهم، وأن يسهل عليهم أن يبحثوا عما يشاءون فى الموضع الذى ألفوا أن يجدوه فى كتب القانون المعاصر، وأشار إلى أهمية ذلك لدى جمهور الخاضعين للقوانين الذين ألفوا هذه التقسيمات فى التقنيات

❁ الدعوة إلى إيجاد قانون عربي موحد مستمد من الشريعة الإسلامية:

الوضعية فى صورها المعاصرة، ولذلك يجب أن تقدم لهم الأحكام الشرعية فى صورة تقنينات عصرية لكنها شرعية المنبع والمقصد تسهيلا عليهم. ولهذا سنعطى أهمية خاصة لموضوع التقنينات الشرعية والضمانات التى تميزها عن القوانين الوضعية، وتحفظ لفقهنا خصائصه وأصوله ومنابعه الأصلية فضلا عن صياغته التى يتميز بها وأشار لها "السنهورى" فى مواضع متفرقة، نذكر منها الآن ما كتبه عن الغاية من دراسة الفقه الإسلامى فى مقال شهير دعا فيه إلى إيجاد قانون عربى موحد مستمد من الشريعة الإسلامية، حيث قال: "لقد أتاح لى اطلاعى على نصوص الفقه الإسلامى سواء كانت مقننة فى المجلة أو "مرشد الحيران" أو كانت معروضة فقهيا فى أمهات الكتب ومختلف المذاهب أن ألحظ مكانة هذا الفقه وحظه من الأصالة والإبداع".

﴿عوده﴾ ١٣ ـ *وجه الخطإ في قياس الشريعة بالقانون* ... ووجه الخطإ في هذا القياس أنهم سووا بين القوانين الوضعية التي وضعها البشر، وبين الشريعة الإسلامية التي تكفل بوضعها خالق البشر. فهم حين يقيسون إنما يقيسون الأرض بالسماء والناس برب الناس، فكيف يستوي في عقل عاقل أن يقيس نفسه بربه وأرضه بسمائه ؟! ...

وجه الخطأ في هذا القياس أنهم سووا بين الشريعة والقانون، وهما مختلفان في طبيعتهما جد الاختلاف ، ونستطيع أن نتبين مدى هذا الاختلاف إذا استعرضنا نشأة كل منهما ومميزاته الجوهرية التي تميزه عن غيره ...

١٤ ـ *لا قياس بين مختلفين* ... وإذا صح أن الشريعة تختلف عن القوانين اختلافات أساسية، وتتميز عنها بمميزات جوهرية، فقد امتنع القياس، لأن القاعدة أن القياس يقتضي مساواة المقيس بالمقيس عليه، فإذا انعدمت المساواة فلا قياس أو كان القياس باطلا ...

ولما كان القائلون بعدم صلاحية الشريعة للعصر الحاضر ينون رأيهم على قياس الشريعة بالقوانين الوضعية، ولا مساواة بين الشريعة وهذه القوانين، فيكون قياسهم باطلا، وادعاؤهم بعدم صلاحية الشريعة للعصر الحاضر ادعاء باطلا؛ لأنه بني على قياس باطل، وما قام على الباطل فهو باطل ...

وسنستعرض فيما يلي نشأة القانون ونشأة الشريعة ووجوه الخلاف بينهما، ومميزات كل منهما، وسيظهر هذا الاستعراض الفرق جليا بين الشريعة والقانون لمن لا يحسن التفريق بينهما، وسيتبين منه أن الشريعة تختلف عن القانون اختلافات أساسية، وتتميز عنه بصفات جوهرية ...

❁ 13 – 14– لا يجوز قياس الشريعة على القوانين الوضعية لوجود فروق جوهرية :

لقد حرص "فقيهنا" على تحذير الباحثين من قياس الشريعة على القوانين الوضعية؛ لأنها تقوم على منابع وأصول مثالية إلهية وليست فلسفات إنسانية كالتى تبنى عليها النظم القانونية المستوردة أو الوضعية والتى تفرض لأهداف وغايات نفعية أو واقعية لا تدانى مقاصد الشريعة ومبادئها العليا السامية، وما يترتب على ذلك من اختلاف طبيعة كل منهما .

* * *

كما حرص على تكرار الإشارة إلى "الفروق الجوهرية" بين "الشريعة" "والقانون"، وهو يقصد ما يسميه بالقانون "الوضعى" المستورد الذى يصفه دائما بأنه من صنع البشر، وأن كثيرين يرون الشريعة غير القانون، لأن الشريعة من عند الله من حيث منبعها ومصادرها الإلهية المتمثلة فى الكتاب والسنة، ولذلك فإن قانونها "أى فقهها" ليس من صنع البشر بل ينتسب إلى الشارع الحكيم الذى أنزل القرآن – وأقر السنة وأمر باتباعها، وشرع لنا الاجتهاد والإجماع وجعله متمما لهما ومرتبطا بهما من حيث المنبع والمقصد .

كثيرون يرون أن المقصود من كلمة "القانون" هو "القانون الوضعى" وحده، لذلك فإننا فضلنا أن نستعمل كلمة "التقنين" للإشارة إلى ما يسمونه "القانون المستمد من الشريعة" أو القانون الإسلامى؛ وأن يكون ذلك أسلوبنا فى هذه الفترة الانتقالية حتى يتم تطهير مجتمعنا من القوانين "الوضعية" ويصبح القانون كله إسلاميا أى مستمدا من المنابع والأصول السماوية .

بل إن هذه التقنينات تبقى متميزة عن مصادر الشريعة بالمعنى الضيق التى وصفها بالثبات وعدم القابلية للتغيير، لأن المقصود بذلك هو نصوص الكتاب والسنة فقط – وهى التى تُعدُّ نصوصا إلهية مصدرها الوحى المباشر فى القرآن أو غير المباشر فى السنة التى يصفها البعض بأنها وحى خفى – ونقول نحن إن الله سبحانه قد أقرها وألزمنا باتباعها .

<عوده> ١٥ ـ *نشأة القانون* ... ينشأ القانون الوضعي في الجماعة التي ينظمها ويحكمها ضئيلا محدود القواعد، ثم يتطور بتطور الجماعة فتزداد قواعده، وتتسامى نظرياته كلما ازدادت حاجات الجماعة وتنوعت، وكلما تقدمت الجماعة في تفكيرها وعلومها وآدابها. فالقانون الوضعي كالوليد ينشأ صغيرا ضعيفا، ثم ينمو ويقوى شيئا فشيئا حتى يبلغ أشده. وهو يسرع في التطور والنمو والسمو، كلما تطورت الجماعة التي يحكمها وأخذت بحظ من الرقي والسمو، ويبطئ في تطوره ونموه كلما كانت الجماعة بطيئة النمو والتطور. فالجماعة إذن هى التي تخلق القانون الوضعي وتصنعه على الوجه الذي يسد حاجاتها وينظم حياتها، وهو تابع لها، وتقدمه مرتبط بتقدمها...

وعلماء القانون الوضعي –– حين يتحدثون عن النشأة الأولى للقانون –– يقولون إنه بدأ يتكون مع تكوين الأسرة والقبيلة، وإن كلمة رب الأسرة كانت قانون الأسرة، وكلمة شيخ القبيلة كانت قانون القبيلة، وإن القانون ظل يتطور مع الجماعة حتى تكونت الدولة، وإن عادات كل أسرة كانت لا تتفق مع عادات غيرها من الأسر، وتقاليد كل قبيلة لم تكن مماثلة لتقاليد غيرها من القبائل، وإن الدولة حين بدأت تتكون وحدت العادات والتقاليد وجعلت منها قانونا ملزما لجميع الأفراد والأسر والقبائل الداخلين في نطاق الدولة. ولكن قانون كل دولة لم يكن يتفق في الغالب مع قوانين الدول الأخرى، وظل هذا الخلاف حتى بدأت المرحلة الأخيرة من التطور القانوني في أعقاب القرن الثامن عشر على هدى النظريات الفلسفية والعلمية والاجتماعية، فتطور القانون الوضعي من ذلك الوقت حتى الآن تطورا عظيما، وأصبح قائما على نظريات لم يكن لها وجود في العهود السابقة ...

وأساس هذه النظريات الحديثة العدالة والمساواة والرحمة والإنسانية. وقد أدى شيوع هذه النظريات في العالم إلى توحيد معظم القواعد القانونية في كثير من دول العالم، ولكن بقي لكل دولة قانونها الذي يختلف عن غيره من القوانين في كثير من الدقائق والتفاصيل ..

هذه هى خلاصة لنشأة القانون وتطوره والمراحل التي مر بها، تبين بجلاء أن القانون حين نشأ كان شيئا يختلف كل الاختلاف عن القانون الآن ، وأنه ظل يتغير ويتطور حتى وصل إلى شكله الحالي وأنه لم يصل إلى ما هو عليه الآن إلا بعد تطور طويل بطيء استمر آلاف السنين ...

۞ 15 - القوانين الوضعية تختلف فى نشأتها عن الشريعة :

ولقد أيد هذه التفرقة بتحليل عميق بين فيه أن القوانين البشرية فى نشأتها تكون ثمرة تجارب المجتمعات ومصالحها وابتكارات واضعيها. فهى تنشأ نتيجة حاجة الجماعات، ولذلك تتبع الجماعات فى نشأتها وتطورها - أى أن تطور الجماعة يسبق تطور القانون الذى تضعه أو يوضع لها سدا لحاجتها إليه - ثم إنها تبتكر لها نظريات وفلسفات لتدعيمها أو تفسيرها بعد وضعها.

أما الشريعة فإن لها فى نظره نشأة مختلفة، لأنها ذات مصدر سماوى يسمو عن واقع الجماعة وفكرها. فنصوصها "بالمعنى الضيق" من عند الله ومصدرها الأول هو الوحى الإلهى المباشر فى القرآن، وغير المباشر فى السنة المطهرة.

وقد أشرنا من قبل إلى ضرورة ملاحظة أنه يستعمل كلمة "الشريعة" فى أغلب الأحيان، وهنا بالذات بمعناها الضيق، فهو يقصد بها فى هذا الصدد النصوص القطعية فى الكتاب والسنة التى اكتملت فى عهد النبوة، ولذلك يصفها بأنها وجدت كاملة لا نقص فيها : ﴿لا ترى فيها عِوَجا﴾ [طه: 107]، وهى صالحة لجميع الأزمان والأقوام، لأن مبادئها الإلهية شاملة لأمور الأفراد والجماعات ومهيمنة عليها فى جميع العصور والأقاليم، فهى سابقة على تطور المجتمعات البشرية وتعدها لتصبح أمما كبرى. بل إنها هى تدفع الجماعات والأمم نحو تغيير واقعها ليصبح موافقا لمبادئها السامية، وذلك عن طريق الاجتهاد والإجماع لتجديد الفقه وتنميته حتى يحقق أهداف هذه المبادئ السامية التى تتسع لاستنباط الأحكام الفرعية المستحدثة التى يقتضيها التطور والتقدم والنمو الحضارى.

〈عوده〉 ١٦ ـ *نشأة الشريعة* ... وإذا كانت هذه هى نشأة القانون، فإن الشريعة الإسلامية لم تنشأ هذه النشأة ولم تسر في هذا الطريق. لم تكن الشريعة قواعد قليلة ثم كثرت ولا مبادئ متفرقة ثم تجمعت، ولا نظريات أولية ثم تهذبت. ولم تولد الشريعة طفلة مع الجماعة الإسلامية، ثم سايرت تطورها ونمت بنموها، وإنما ولدت شابة مكتملة ونزلت من عند الله شريعة كاملة شاملة جامعة مانعة لا ترى فيها عوجا ولا تشهد فيها نقصا، أنزلها الله ﷻ من سمائه على قلب رسوله محمد ﷺ في فترة قصيرة لا تجاوز المدة اللازمة لتزولها، فترة بدأت ببعثة الرسول، وانتهت بوفاته أو انتهت يوم قال الله ﷻ: ﴿اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام دينا﴾ [سورة المائدة :٣].

ولم تأت الشريعة لجماعة دون جماعة، أو لقوم دون قوم، أو لدولة دون دولة، إنما جاءت للناس كافة من عرب وعجم، شرقيين وغربيين على اختلاف مشاربهم، وتباين عاداتهم وتقاليدهم وتاريخهم. فهى شريعة كل أسرة، وشريعة كل قبيلة وشريعة كل جماعة وشريعة كل دولة، بل هى الشريعة العالمية التي استطاع علماء القانون الوضعي أن يتخيلوها ولكنهم لم يستطيعوا أن يوجدوها ...

وقد جاءت الشريعة كاملة لا نقص فيها، جامعة تحكم كل حالة، مانعة لا تخرج عن حكمها حالة، شاملة لأمور الأفراد والجماعات والدول. فهى تنظم الأحوال الشخصية والمعاملات وكل ما يتعلق بالأفراد، وتنظم شئون الحكم والإدارة والسياسة، وغير ذلك مما يتعلق بالجماعة، كما تنظم علاقات الدول بعضها بالبعض الآخر في الحرب والسلم ...

ولم تأت الشريعة لوقت دون وقت، أو لعصر دون عصر، أو لزمن دون زمن، وإنما هى شريعة كل وقت وشريعة كل عصر وشريعة الزمن كله حتى يرث الله الأرض ومن عليها...

وقد صيغت الشريعة بحيث لا يؤثر عليها مرور الزمن، ولا يبلى جدتها ولا يقتضي تغيير قواعدها العامة ونظرياتها الأساسية، فجاءت نصوصها من العموم والمرونة بحيث تحكم كل حالة جديدة ولو لم يكن في الإمكان توقعها، ومن ثم كانت نصوص الشريعة غير قابلة للتغيير والتبديل، كما تتغير نصوص القوانين الوضعية وتتبدل ...

<عوده> ١٧ - *لا مماثلة بين الشريعة والقانون* ... ونستطيع بعد أن استعرضنا نشأة القانون ونشأة الشريعة أن نقول بحق إن الشريعة لا تماثل القانون ولا تساويه، ولا يصح أن تقاس به، وإن طبيعة الشريعة تختلف تماما عن طبيعة القانون. ولو كانت طبيعة الشريعة من طبيعة القانون الوضعي لما جاءت على الشكل الذي جاءت به، وعلى الوصف الذي أسلفنا، ولوجب أن تأتي شريعة أولية ثم تأخذ طريق القانون في التطور مع الجماعة، وما كان يمكن أن تأتي بالنظريات الحديثة التي لم تعرفها القوانين الوضعية إلا أخيرا، بل ما كان يمكن أن تصل إلى مثل هذه النظريات إلا بعد أن تعرفها القوانين وبعد مرور آلاف من السنين ...

ويستطيع القارئ من استعراض تاريخ القانون، وتاريخ الشريعة أن يتبين الاختلافات المتعددة بين الشريعة والقانون والمميزات الكثيرة التي تميز الشريعة عن القانون. وللقارئ أن يتقصى تلك الاختلافات، وهذه المميزات إذا شاء، أما أنا فأكتفي بأن أبرز الاختلافات الأساسية والمميزات الجوهرية لأن في الكلام عليها ما يغني عن الكلام عن غيرها ...

17 – وجوب إبراز الخصائص الذاتية المميزة لشريعتنا :

إن حماسة "فقيهنا" الشهيد ودقته فى إبراز الفروق بين القوانين العصرية الوضعية، وبين شريعتنا وفقهنا الإسلامى، قد تثير لدى البعض شكا فى أنه أسرف فى عباراته عن سمو الشريعة وقداستها، ونحن نلاحظ أن ذلك ضرورى لإبراز خصائص تشريعنا ومزاياه وذاتيته المتميزة المستقلة. وهذه الذاتية المميزة ضرورية لكل من يفكر فى استنباط أحكام جديدة لكنها أصيلة مستمدة من المنابع المقدسة لشريعتنا، وسنرى أهمية ذلك فى دراسة الجرائم المختلفة فى القسم الخاص "المجلد الثانى من هذا الكتاب".

ويسرنى أن أشير إلى أن "السنهورى" فى مقاله عن ضرورة إيجاد قانون عربى مستمد من الشريعة الإسلامية، قد نبه إلى أنه لا يجوز نقل نصوص القوانين الوضعية ثم وصفها بأنها مستمدة من الشريعة الإسلامية بحجة أنها لا تخالف أحكام الفقه ولا تتعارض مع نصوص الشريعة، بل لابد من أن تستمد التقنينات الشرعية (التى وصفها بأنها قوانين مستمدة من الشريعة) من المصادر الشرعية ذاتها، لا أن تنقل من قوانين مستوردة .

وقال : "أنبه فى هذا الصدد إلى أن القانون – (التقنين) – الحديث الذى يشتق من "الفقه الإسلامى" يجب أن يكون فى (منطقه وصياغته وأسلوبه) فقها إسلاميا خالصا، لامجرد محاكاة للقوانين الغربية". ثم قال : "إننى ألاحظ أن بعض المشتغلين بهذه المسألة يقتصر دورهم على إيراد نصوص من القوانين (الوضعية) ثم يحاولون أن يخرجوا هذه النصوص على أحكام الفقه الإسلامى دون أن يراعوا أصول الصياغة فى هذا الفقه، ثم ينتهون من هذا البحث السطحى إلى أن نصوص القوانين الغربية هى الشريعة الإسلامية ذاتها، ومثل هذا العمل لايحمل طابع البحث العلمى الصحيح [1] ...

(1) يراجع المقال المشار إليه فى مجموعة مقالات وأبحاث السنهورى بالعدد الخاص من مجلة "القانون والاقتصاد" التي تصدرها كلية الحقوق بجامعة القاهرة، الجزء الأول سنة 1992 ص 487 510 .

﴿عوده﴾ ١٨- *الاختلافات الأساسية بين الشريعة والقانون* .. تختلف الشريعة الإسلامية عن القوانين الوضعية اختلافا أساسيا من ثلاثة وجوه ...

الوجه الأول .. أن القانون من صنع البشر، أما الشريعة فمن عند الله، وكلا الشريعة والقانون يتمثل فيه بجلاء صفات صانعه. فالقانون من صنع البشر، ويتمثل فيه نقص البشر، وعجزهم وضعفهم وقلة حيلتهم، ومن ثم كان القانون عرضة للتغيير والتبديل أو ما نسميه التطور كلما تطورت الجماعة إلى درجة لم تكن متوقعة، أو وجدت حالات لم تكن منتظرة. فالقانون ناقص دائما، ولا يمكن أن يبلغ حد الكمال، مادام صانعه لا يمكن أن يوصف بالكمال، ولا يستطيع أن يحيط بما سيكون وإن استطاع الإلمام بما كان ...

أما الشريعة ... فصانعها هو الله، وتتمثل فيها قدرة الخالق وكماله وعظمته وإحاطته بما كان، وما هو كائن، ومن ثم صاغها العليم الخبير بحيث تحيط بكل شيء في الحال والاستقبال حيث أحاط علمه بكل شيء، وأمر جل شأنه ألا تغيير ولا تبديل حيث قال: ﴿لا تبديل لكلمات الله﴾ [يونس:٦٤] لأنها ليست في حاجة للتغيير والتبديل مهما تغيرت الأوطان والأزمان وتطور الإنسان ...

وقد يصعب على بعض الناس أن يؤمنوا بهذا القول؛ لأنهم لا يؤمنون قبل كل شيء بأن الشريعة من عند الله. ولست أهتم من أمر هؤلاء إلا بأن يؤمنوا بأن الشريعة تتوافر فيها الصفات التي ذكرتها، وعليّ أن أقيم لهم الدليل على توافرها، وعليهم هم بعد ذلك أن يبحثوا إن شاءوا عن سبب توافر هذه الصفات في الشريعة دون غيرها، وأن يبحثوا عن صانعها، ولينتظروا مني أن أقدم لهم الدليل عند الكلام على مميزات الشريعة، وإن كان في كل فصل من فصول هذا الكتاب الدليل على ما أقول ...

أما الذين يؤمنون بأن الشريعة من عند الله، فليس يصعب عليهم أن يؤمنوا بتوافر الصفات التي ذكرناها في الشريعة، ولو لم يقدم لهم الدليل المادي على ذلك؛ لأن منطقهم يقضي عليهم أن يؤمنوا بتوافر هذه الصفات. فمن كان يؤمن بأن الله خلق السموات والأرض وسير الشمس والقمر والنجوم، وسخر الجبال والرياح والماء، وأنبت النبات، وصور الأجنة في بطون أمهاتها وجعل لكل مخلوق خلقه من حيوان ونبات وجماد نظاما دائما لا يخرج عليه ولا يحتاج لتغيير ولا تبديل ولا تطوير .... من كان يؤمن بأن الله وضع قوانين ثابتة تحكم طبائع الأشياء وحركاتها واتصالاتها وأن

<عوده> هذه القوانين الطبيعية بلغت من الروعة والكمال مالا يستطيع أن يتصوره الإنسان. من كان يؤمن بهذا كله، وبأن الله أتقن كل شيء خلقه، فأولى به أن يؤمن بأن الله وضع الشريعة الإسلامية قانونا ثابتا كاملا لتنظيم الأفراد والجماعات والدولة، ولتحكم معاملاتهم، وأن الشريعة بلغت من الروعة والكمال حدا يعجز عن تصوره الإنسان ...

ومن كان يؤمن بهذا كله، ولكنه يريد أن يرى الدليل عليه ليطمئن قلبه، فلينتظر مع الفريق الأول حتى يرى الدليل في موضعه، بل لعله يرى في كل مكان من هذا الكتاب ما يطمئن قلبه ونفسه إن شاء الله ...

الوجه الثاني ... أن القانون عبارة عن قواعد مؤقتة تضعها الجماعة لتنظيم شئونها وسد حاجاتها، فهي قواعد متأخرة عن الجماعة، أو هي في مستوى الجماعة اليوم، ومتخلفة عن الجماعة غدا لأن القوانين لا تتغير بسرعة تطور الجماعة، وهي قواعد مؤقتة تتفق مع حال الجماعة المؤقتة وتستوجب التغيير كلما تغيرت حال الجماعة ...

أما الشريعة ... فقواعدها وضعها الله تعالى على سبيل الدوام لتنظيم شئون الجماعة فالشريعة تتفق مع القانون في أن كليهما وضع لتنظيم الجماعة ...

ولكن الشريعة تختلف عن القانون في أن قواعدها دائمة، ولا تقبل التغيير والتبديل، وهذه الميزة التي تتميز بها الشريعة تقتضي من الوجهة المنطقية:

أولا ... أن تكون قواعد الشريعة ونصوصها من المرونة والعموم بحيث تتسع لحاجات الجماعة مهما طالت الأزمان وتطورت الجماعة، وتعددت الحاجات وتنوعت.

ثانيا ... أن تكون قواعد الشريعة ونصوصها من السمو والارتفاع بحيث لا يمكن أن تتأخر في وقت أو عصر ما عن مستوى الجماعة ...

والواقع أن ما يقتضيه المنطق متوافر بوجهيه في الشريعة، بل هو أهم ما يميز الشريعة الإسلامية عن غيرها من الشرائع السماوية والوضعية. فقواعد الشريعة الإسلامية ونصوصها جاءت عامة ومرنة إلى آخر حدود العموم والمرونة، كما أنها وصلت من السمو درجة لا يتصور بعدها سمو ...

ولقد مر على الشريعة الإسلامية أكثر من ثلاثة عشر قرنا تغيرت في خلالها الأوضاع أكثر من مرة، وتطورت الأفكار والآراء تطورا كبيرا، واستحدث من العلوم والمخترعات ما لم يكن يخطر على خيال إنسان، وتغيرت قواعد القانون الوضعي ونصوصه أكثر من مرة لتتلاءم مع الحالات الجديدة والظروف الجديدة بحيث انقطعت

(عوده) العلاقة بين القواعد القانونية الوضعية التي نطبقها اليوم، وبين القواعد القانونية الوضعية التي كانت تطبق يوم نزلت الشريعة، وبالرغم من هذا كله ومع أن الشريعة الإسلامية لا تقبل التغيير والتبديل ظلت قواعد الشريعة ونصوصها أسمى من مستوى الجماعات، وأكفل بتنظيم وسد حاجاهم وأقرب إلى طبائعهم وأحفظ لأمنهم وطمأنينتهم ... هذه هي شهادة التاريخ الرائعة يقف بها في جانب الشريعة الإسلامية، وليس ثمة ما هو أروع منها إلا شهادة النصوص ومنطق النصوص، وخذ مثلا قول الله ﷻ: ﴿وأمرهم شورى بينهم﴾-٧- [سورة الشورى:٣٨] أو اقرأ قول الرسول ﷺ : "لا ضرر ولا ضرار في الإسلام"، فهذان نصان من القرآن والسنة بلغا من العموم والمرونة واليسر ما لا يمكن أن يتصور بعده عموم أو مرونة أو يسر. وهما يقرران الشورى قاعدة للحكم-٨-

---

(الصدر) تعليق "رقم -٧-" معنى الآية المباركة أن الأمور التي أوكلها الله تعالى إلى الأمة لا يصح لفرد ولا جماعة أن تستبد بها، بل يوكل ذلك إلى مجموع الأمة ...

ولا تشمل هذه الآية المباركة الأمور التي اختص الله بها نفسه كالنبوة والإمامة ؛ لأنها ليست من أمور الأمة التي جعلها الله شورى بينهم فلا يصدق عليها أنها أمرهم لتشملها الآية الكريمة بل هي أمر الله .

(الشاوي) ... رأينا في "تعليق -٧-" نؤيد ما قاله السيد الصدر من : "أن الأمور التي أوكلها الله ﷻ إلى الأمة بالشورى لا يصح لفرد ولا جماعة أن تستبد بها، بل يوكل ذلك إلى مجموع الأمة". وهذا هو المقصود في نظرنا بالشورى في القرآن الكريم، وقد عاد إلى تأكيد ذلك في تعليقة رقم (١٥) ...

ونعتقد أن هذا المفهوم يجب الالتزام به في الفقه السني كما في الفقه الشيعي في نظرنا. ثم إن المبدأ الأساسي الذي أشار له السيد الصدر "ونحن نؤيده" يقرر أن الشورى حق لمجموع الأمة، وليس لشخص أو جماعة خاصة أن تختص به، وقد استندنا إليه في بحثنا في الاجتهاد والإجماع في كتابنا "فقه الشورى والاستشارة"، ودور الفرد العادي فيها .

(الصدر) تعليق ... "رقم -٨-" في ظرف لم يعين الله فيه قاعدة للحكم، أي غير زمان النبوة عند المسلمين أجمع وغير زمان وجود أحد الأئمة الاثنى عشر عند الشيعة، أو زمان غيبة الموجود منهم كأيامنا هذه ..

(الشاوي) ... رأينا في "تعليق رقم -٨-" إن ما أضافه السيد الصدر في نهاية تعليقه رقم (٧) ثم في رقم (٨) قصد به أن أحكام الشورى في الفقه الجعفري مقيدة بمبدإ عصمة الأئمة "الاثنى عشر" من آل البيت "الذين تعتبر إمامتهم كالنبوة من حيث العصمة في نظرهم". وهو يقول:=

﴿عوده﴾ على الوجه الذي لا يضر بالنظام العام، ولا بمصلحة الأفراد أو الجماعة. وبتقرير مبدإ الشورى على هذا الوجه، بلغت الشريعة من السمو حده الأقصى الذي لا يتصور أن يصل إليه البشر في يوم من الأيام، إذ عليهم أن يجعلوا أمرهم شورى بينهم بحيث لا يحدث ضرر ولا ضرار، وهيهات أن يتحقق ذلك بين الناس ...

ولو تتبعنا نصوص الشريعة لوجدناها على غرار النصين السابقين من العموم والمرونة والسمو. ومن السهل علينا أن نتبين هذه المميزات لأول وهلة في أي نص نستعرضه. فنصوص الشريعة كلها تصلح أمثلة على ما نقول، ويكفي أن نسوق للقارئ مثلا آخر قوله ﷻ: ﴿ادع إلى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هي أحسن﴾ [سورة النحل:١٢٥]، فهذا النص تدل صياغته على أنه بلغ حد العموم والمرونة، أما المبدأ الذي جاء به النص فلم يُعرف بعد أن هناك ما هو خير منه ولا يمكن أن يتصور العقل البشري أن هناك طريقا لأصحاب الدعوات يسلكونها في نشر دعواقم خيرا من طريق الدعوة بالحكمة والموعظة الحسنة والجدال بالتي هي أحسن ...

ويستطيع القارئ أن يقرأ قوله ﷻ :﴿ولاتزر وازرة وزر أخرى﴾ [فاطر: ١٨]، وقوله ﷻ : ﴿لا يكلف الله نفسا إلا وسعها﴾ [البقرة :٢٨٦]، وقوله ﷻ : ﴿إن الله يأمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذي القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغي﴾ [النحل: ٩٠]، وقوله ﷻ: ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل﴾ [سورة النساء: ٥٨]، وقوله ﷻ : ﴿ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى﴾ [المائدة:٨]، وقوله ﷻ: ﴿يأيها الذين آمنوا كونوا قوّامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين﴾ [النساء:١٣٥]، يستطيع القارئ أن يستعرض هذه النصوص وغيرها ليرى كيف بلغت من العموم والمرونة كل مبلغ، وليرى أن المبادئ التي جاءت بها هذه النصوص قد بلغت من السمو ما ليس بعده زيادة لمستزيد، أو خيال لمتخيل ...

= "إن الأمور التي يختصون بها في مجال التشريع ليست من أمور الأمة التي جعلها الله شورى، ولا تشملها الآية الكريمة" رقم ٣٨ في "سورة الشورى"

وفي رأينا أن الفقه السني لا يقر بذلك، وقد قال هو صراحة إن ذلك من خصائص الشيعة كما أنه عاد لتأكيده في تعليقاته رقم (١٥، ١٦، ١٨) ...

〈عوده〉 الوجه الثالث : أن الجماعة هى التي تصنع القانون وتلونه بعاداتها وتقاليدها وتاريخها. والأصل في القانون أنه يوضع لتنظيم شئون الجماعة، ولا يوضع لتوجيه الجماعة، ومن ثم كان القانون متأخرا عن الجماعة وتابعا لتطورها، وكان القانون من صنع الجماعة ولم تكن الجماعة من صنع القانون ...

وإذا كان هذا هو الأصل في القانون من يوم وجوده ، فإن هذا الأصل قد تعدل في القرن الحالي، وعلى وجه التحديد بعد الحرب العظمى الأولى، حيث بدأت الدول التي تدعو لدعوات جديدة أو أنظمة جديدة تستخدم القانون لتوجيه الشعوب وجهات معينة، كما تستخدمه لتنفيذ أغراض معينة. وقد كان أسبق الدول على الأخذ بهذه الطريقة روسيا الشيوعية، وتركيا الكمالية، ثم تلتهما إيطاليا الفاشيستية وألمانيا النازية، ثم اقتبست بقية الدول هذه الطريقة فأصبح الغرض من القانون اليوم هو تنظيم الجماعة، وتوجيهها الوجهات التي يرى أولياء الأمور أنها في صالح الجماعة....

أما الشريعة الإسلامية فقد علمنا أنها ليست من صنع الجماعة، وأنها لم تكن نتيجة لتطور الجماعة وتفاعلها كما هو الحال في القانون الوضعي، وإنما هى من صنع الله ﷻ الذي أتقن كل شيء خلقه ...

وإذا لم تكن الشريعة من صنع الجماعة، فإن الجماعة نفسها من صنع الشريعة، إذ الأصل في الشريعة أنها لم توضع لتنظيم شئون الجماعة فقط كما كان الغرض من القانون الوضعي، وإنما المقصود من الشريعة قبل كل شيء هو خلق الأفراد الصالحين والجماعة الصالحة، وإيجاد الدولة المثالية، والعالم المثالي، ومن أجل هذا جاءت نصوصها أرفع من مستوى العالم كله وقت نزولها، ولا تزال كذلك حتى اليوم، وجاء فيها من المبادئ والنظريات ما لم يتهيأ العالم غير الإسلامي لمعرفته والوصول إليه إلا بعد قرون طويلة، وما لم يتهيأ هذا العالم لمعرفته أو يصل إليه حتى الآن. ومن أجل هذا تولى الله ﷻ وضع الشريعة، وأنزلها على رسوله في نموذج من الكمال ليوجه الناس إلى الطاعات والفضائل ويحملهم على التسامي والتكامل حتى يصلوا أو يقتربوا من مستوى الشريعة الكامل، وقد حققت الشريعة ما أراده لها العليم الخبير، فأدت رسالتها أحسن الأداء، وجعلت من رعاة الإبل سادة العالم ومن جهال البادية معلمين وهداة للإنسانية ...

ولقد أدت الشريعة وظيفتها طالما كان المسلمون متمسكين بها عاملين بأحكامها. تمسك بها المسلمون الأوائل، وعملوا بها وهم قلة مستضعفة يخافون أن يتخطفهم الناس، فإذا هم في عشرين سنة سادة العالم وقادة البشر، لا صوت إلا صوتهم، ولا كلمة

﴿عوده﴾ تعلو كلمتهم. وما أوصلهم لهذا الذي يشبه المعجزات إلا الشريعة الإسلامية التي علمتهم وأدبتهم، ورققت نفوسهم، وهذبت مشاعرهم وأشعرقم بالعزة والكرامة، وأخذقم بالمساواة التامة، والعدالة المطلقة، وأوجبت عليهم أن يتعاونوا على البر والتقوى، وحرمت عليهم الإثم والعدوان، وحررت عقولهم ونفوسهم من نير الجهالات والشهوات، وجعلتهم يعتقدون أنهم خير أمة أخرجت للناس يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر ويؤمنون بالله ...

كان ذلك حال المسلمين طالما تمسكوا بشريعتهم. فلما تركوها وأهملوا أحكامها تركهم الرقي وأخطأهم التقدم، ورجعوا القهقرى إلى الظلمات التي كانوا يعمهون فيها من قبل، فغدوا مستضعفين مستعبدين لا يستطيعون دفع معتد ولا الامتناع من ظالم ...

وقد خيل للمسلمين وهم في غمرقم هذه أن تقدم الأوروبيين راجع لقوانينهم وأنظمتهم، فذهبوا ينقلونها، وينسجون على منوالها، فلم تزدهم إلا ضلالا على ضلالهم وخبالا على خبالهم، وضعفا على ضعفهم، بل جعلتهم أحزابا وشيعا كل حزب بما لديهم فرحون بأسهم بينهم شديد، تحسبهم جميعا وقلوبهم شتى ...

ولو أراد الله ﷻ بالمسلمين خيرا لعلموا أن الشريعة الإسلامية – وقد جاءت كاملة لا يشوبها نقص، حاملة في طياقا وسائل التقدم والتطور المستمر للمجتمع – هي أصلح الشرائع لعصور التقدم وعصور التأخر على السواء؛ لأنها في كل الأحوال ترمي إلى تكوين الجماعة الصالحة وتوجيهها دائما إلى التقدم المستمر والتطور الصالح ولا تقنع من ذلك بما هو دون الكمال التام ...

وإن في تاريخ المسلمين لآية، وإنه لعبرة لمن كان له قلب، وإن فيه الدليل الحاسم على أن الشريعة الإسلامية هي التي خلقت المسلمين من العدم. وجعلتهم أمة فوق الأمم ودفعتهم إلى الأمام، وسلطتهم على دول العالم، وإنه فيه الدليل الحاسم على أن حياة المسلمين وتقدمهم ورقيهم متوقف على تطبيق الشريعة الإسلامية؛ فالمسلمون من صنع الشريعة، كيانهم تابع لكيانها، ووجودهم مرتبط بوجودها، وسلطانهم تابع لسلطانها ...

وأحب قبل الانتقال إلى موضوع آخر أن أنبه القارئ إلى أن القانون الوضعي، حين تحول أخيرا عن أصله الأول، فصار يوضع لتوجيه الجماعة إنما أخذ في ذلك بنظرية الشريعة الإسلامية التي تجعل الأصل في التشريع الإسلامي أن يصنع الجماعة ويوجهها ثم ينظمها. هكذا انتهى القانون الوضعي إلى ما بدأت به الشريعة، وسبقت إليه من ثلاثة عشر قرنا. فإذا ما قال علماء القانون الوضعي إنهم وصلوا لنظرية جديدة، قلنا لهم.. كلا ولكنكم تسلكون طريق الشريعة وتسيرون في أثرها...

18 – خصائص الشريعة توجب تمييزها عن القانون الوضعي هي والفقه المكمل لها ولو كان فى صورة تقنين :

إن "عوده" يؤكد التفرقة بين الشريعة والقوانين الوضعية، وهو ليس وحده فى ذلك. فهذا (السنهورى) الذى يعتبره كثيرون "أبا" لمجموعات القوانين المدنية العصرية الوضعية فى العالم العربى يؤكد ذلك فى كتابه الشهير عن "مصادر الحق فى الفقه الإسلامى" حيث يرى أن هذه التفرقة واجبة لإبراز عظمة فقهنا وشريعتنا، إذ يقول :

"لــن يكــون همنا فى هذا البحث إخفاء ما بين "الفقه الإسلامى" والفقه "الغربى" الوضعى من فروق فى الصنعة والأسلوب، بل على النقيض من ذلك سنعنى بإبراز هذه الفــروق حتى يحتفظ الفقه الإسلامى بطابعه الخاص. ولن نحاول أن نصطنع التقريب ما بــين الفقه الإسلامى والفقه الغربى على أسس موهومة أو خاطئة، فإن الفقه الإسلامى نظام قانونى عظيم له صنعة يستقل بها ويتميز عن سائر النظم القانونية فى صياغته.

وتقضــى الدقة والأمانة العلمية علينا أن نحتفظ لهذا الفقه الجليل بمقوماته وطابعه. ونحــن فى هــذا أشد حرصا من بعض الفقهاء المحدثين، فيما يؤنس فيهم من ميل إلى تقــريب الفقــه الإســلامى من الفقه الغربى (الوضعى). ولا يعنينا أن يكون الفقه الإسلامى قريبا من الفقه الغربى، فإن هذا لا يكسب الفقه قوة، بل لعله يبتعد به عن جانب الجدة والإبداع، وهو جانب للفقه الإسلامى منه حظ عظيم".[1]

إن فقيهــنا يؤكــد أن "الشريعة" حتى بمعناها الواسع الذى يشمل الفقه بمذاهبه المــتعددة تختــلف عــن القوانين الوضعية اختلافات أساسية، وتتميز عنها بمميزات جوهرية تحول دون قياسها عليها أو التسوية بينها وبين تلك القوانين الوضعية التى لا تلــتزم بمــنابع الوحى السماوى فى الكتاب والسنة، بل تقوم فى نظره على نظريات فلســفية واعتبارات اجتماعية وإنسانية "تتغير وتتبدل" وبالتالى فإن القوانين الوضعية الــتى تنشــأ على هذه الأسس دون التزام بمقاصد شريعتنا وأصولها ونظرياتها العامة تختــلف عن فقهنا الإسلامى سواء فى صورته التقليدية فى كتب التراث، أو فى صورة تقنينات عصرية ملتزمة بأصول الشريعة ومبادئها ونظرياتها.

---

(1) تراجع مقدمة السنهورى لكتابه القيم عن "مصادر الحق فى الفقه الإسلامى" ص٢و٣، ويراجع رأينا فى عدم جواز قياس "التعازير" على "العقوبات الجنائية".

❁ الجمع بين ثبات الشريعة ومرونة الفقه وتطوره :

لقـــد حرص على تأكيد هذه التفرقة لأن لها نتائج مهمة فى نظره : "أهمها أن لها طــبيعة تختــلف تمامـــا عن طبيعة القوانين الوضعية"، لأنها نشأت كاملة فى أصولها ونصوصـــها المقدسة، لكنها مع ذلك وفرت للفقه المكمل لها صفات المرونة والنمو والتطور لمواجهة ما يستجد من احتياجات الأفراد والجماعات.

ومصـــدر هذه المرونة هو مبادئ الشريعة (بالمعنى الضيق الذى يشير إلى نصوص الكـــتاب والسنة)، فإن من أهم قواعدها وأصولها المقررة بتلك النصوص ذاتها مبدأ شـــرعية الإجمـــاع والاجتهاد وضرورتهما كمصدرين لأحكام الفقه التابع للمصادر الســـماوية والنابع منها والملتزم بأصولها ومبادئها والمكمل لها، وهذا العنصر الفقهى ينضم إلى الكتاب والسنة لتكوين الشريعة بالمعنى الواسع .

وتوافـــر هذيـــن العنصرين فى شريعتنا يمكننا من أن نعترف لها بصفتين قد يراهما الـــبعض متعارضـــتين. فالعنصر الإلهى يضمن لها الثبات والكمال والسمو، وعبر عن ذلك بأنها لاتقبل التغيير والتبديل. أما العنصر الاجتهادى فإن التزامه بنصوص الكتاب والسنة يضمن لشريعتنا المرونة والتطور فى الفهم والتجديد والتفريع والتطوير.

إن هـــذا يفسر لنا قوله إن الشريعة تتصف بالمرونة، بعد أن أكد مرارا أنها لاتقبل التغيير والتبديل؛ لأن نصوصها فى نظره جاءت عامة ومرنة إلى أقصى حدود العموم والمرونة، وأهم أبواب المرونة جاءت من تشريع الإجماع والاجتهاد، وإنَّ جعْلهما من مصادر الشريعة هو من المبادئ الثابتة فى الكتاب والسنة.

وذلك الاتصال بالمنبع السماوى للشريعة المتمثل فى الكتاب والسنة، يكفى لكى يصف الشريعة كلها بأنها "قانون سماوى أو إلهى" لأن منبعها هو الكتاب والسنة، وهما نصوص مقدسة خالدة لاتقبل التغيير ولكنها مع ذلك توفر للفقه المرونة الكافية.

وهـــنا يجدر بنا الإشارة إلى أن هذا يؤكد قوله : "إن كلمة "الفقه" فى الشريعة لها معنى يختـــلف عن "الفقه" فى القوانين الوضعية، لأن الفقيه يقوم بدور مهم فى استنباط الأحكام، أى أنـــه يســـاهم مســـاهمة فعلية كبرى فى عملية التشريع، دون أن تُعدَّ أحكامه فى مرتبة نصوص التشريع السماوى".

يجب أن نضيف رأينا بأن مهمة الفقه الإسلامى فى التنظير فى العصر الحاضر يمكن أن تدخـــل فى نطاق مبدإ القياس الذى قرره فقهاؤنا بأوسع معانيه، وغيره من أبواب الاجتهاد مثل المصالح المرسلة والاستحسان وغيرهما، لأن التنظير أداة لربط الأحكام الفرعية بمبادئ وأصول كلية، عن طريق الرجوع إلى النظريات العامة التى تهيمن على الأحكام الفرعية وتسهل مهمة استنباطها.

وقد ذكر مثالا لما قررته الآيات القرآنية من مبادئ كلية : مبدأ "الشورى" الذى هو أساس النظام السياسى والاجتماعى، ومبدأ "لاضرر ولاضرار" الذى تقوم عليه نظريات مدنيـــة عديدة أهمها "المسئولية المدنية". بل يضيف لذلك أن "نصوص الشريعة" (المعنى الخاص أى الكتاب والسنة) تتضمن مبادئ أصولية وكلية ذكر منها نماذج سوف نرى فـــيما بعد أنها هى وأمثالها من الأحكام التكليفية لاوجود لها فى القانون الوضعى، وهى أســـس لنظريات خصبة تزود المجتمع بما يحتاج إليه من أحكام فى المستقبل إذا قام الفقه بواجبه فى مرحلة "التنظير" مستندا إلى النصوص المحكمة فى الكتاب والسنة.

إن الفـــارق الجوهـــرى فى نظره بين الشريعة (بمعناها الواسع الذى يشمل الفقه والتقنيـــنات الملـــتزمة بـــه) وبين القوانين "الوضعية" هو فى سمو المنبع الإلهى والمنشإ والغايات والمقاصد العليا لها مستندا إلى النصوص المحكمة فى الكتاب والسنة.

فالشـــريعة التى قال إنها ولدت شابة مكتملة، ونزلت من عند الله شريعة كاملة شاملة جامعـــة مانعـــة، أنزلها الله على قلب رسوله فى فترة قصيرة بدأت ببعثة الرسول وانتهت بوفاته، "إنما قصد بها" نصوص الكتاب والسنة النبوية التى اكتملت بوفاته (ﷺ) ولم يعد مـــن الممكـــن إضافة شيء لها. وهو يشير إلى اعتبارها منبع أحكام فرعية، سواء منها ما تضمنته النصوص أو ما استنبطه الفقهاء منها وعلى هديها. فهو هنا يقصد الشريعة بالمعنى الضـــيق، لأن الاجـــتهاد والإجماع والفقه إنما جاء بعد اكتمال الشريعة الإلهية التى يشير إليها والتى يعُد نصوصها أسمى من مستوى الجماعات، ومع ذلك فقد فتحت للناس باب الـــتجديد والـــتطور بتشريع الإجماع و الاجتهاد على أساس مبادئها الكلية، وأحكامها التكليفية التى تتصف بالسمو والمرونة والعموم التى توسع فى عرض كثير منها.

الغاية من شريعتنا (بمعناها الواسع الشامل) أشار إليها بقوله إنها ترمى إلى تكوين الجماعـــة الصـــالحة وتوجيهها دائما للتقدم والتطور الصالح، ولا تقنع بما هو دون الكمـــال الـــتام. فهى التى خلقت أمة الإسلام من العدم وجعلتهم أمة فوق الأمم، ودفعتهم إلى الأمام، وهذا بخلاف القوانين الوضعية فهى من صنع الجماعة أو من يمثلونها أو يفرضون أنفسهم عليها[1] – أما شريعتنا (بالمعنى الضيق) فليست من صنع البشر، مهما تكن عبقريتهم ولا ما يمارسونه من سلطان، بل إن الجماعة كلها هى من صنعها؛

[1] يلاحظ أنه يذكرنا بالتفرقة بين الشريعة و"القوانين الوضعية" فى مواضع كثيرة متعددة فيما بعد... يراجع البندان 44 و45 وما بعدهما ...

❁ أحكام الفقه مستنبطة من مصادر الشريعة وليست قوانين "وضعية" :

إنها هى التى أنشأت أمة الإسلام ورسمت لها طريق النهضة، فأول مقاصدها هو إيجاد المجتمع الصالح الكامل المثالى.

إنـــه يصـــر على أن الطابع الإلهى يكسب الشريعة (المعنى الضيق الذى يشير إلى النصوص القطعية فى الكتاب والسنة) صفات الثبات والشمول والكمال. ومعنى ذلك أن هـــذه النصوص القطعية لا تقبل التطوير أو التعديل أو التبديل، وهذا ليس مجرد افتراض تحكمى من عنده – بل إنه حكمة إلهية لتقوم الشريعة بدور مختلف تماما عن الـــدور الـــذى يقـــوم بـــه القانون الوضعى. فالقانون الوضعى ثمرة لظروف المجتمع وأوضـــاعه المـــتغيرة، ولذلك فإنه بطبيعته "قواعد مؤقتة متأخرة عن وجود الجماعة ونشأتها"، وأقصى ما تصل إليه أو تطمح له تلك القوانين أن تكون فى مستوى المجتمع الـــذى أنتجها، وإن كان هذا ليس مضمونا، لأن تطور الجماعة يسبق تطور قوانينها، وحالهـــا وأوضاعها تتغير أولا ثم تلحق بها القوانين الوضعية إذا وجدت من واضعيها من يبادر إلى ذلك، فهى دائما متأخرة عن تطور المجتمع.

أمـــا الشـــريعة الإلهية فإن مبادئها السامية ومقاصدها الثابتة ذات المصدر الإلهى تقـــوم بدور آخر، إنها بدأت أعلى من مستوى الجماعة، بل هى التى تنشئ الجماعة وتهديهـــا وتـــرفع مســـتواها وتسمو بها إلى الحدود المثالية[1] التى قدرها الله لصلاح المجـــتمعات وحضارتها وتقدمها، فهى بطبيعتها الإلهية متقدمة عن الجماعة وقواعدها أسمـــى مـــن مستوى الجماعات، وعلى الجماعات أن تنهض للالتزام بقيمها الخالدة ومبادئها السامية لتصل إلى ما يريده الله لها من سمو وعدل وصلاح، وذلك عن طريق الاجتهاد والإجماع على أساس تلك المبادئ والنصوص الإلهية.

وقـــد حاول البعض وصف الفقه الإسلامى فيما يقدمه من اجتهاد أو إجماع، بأنه جـــزء "وضعى" من الشريعة الإسلامية، لكن هذا الزعم يتجاهل الفرق الجوهرى بين اجتهادات الفقه الإسلامى (حتى ولو صيغت فى صورة تقنينات رسمية) وبين القوانين الوضـــعية. فالفقه الإسلامى ولو كان مقننا هو جزء من الشريعة مستمد منها ومبنى عـــلى أصولها ومنابعها ونظرياتها وقواعدها، ولذلك لا يصح وصفه بأنه قانون أو فقه وضعى أو أنه مجرد أحكام وضعية من صنع البشر.

---

(1) استعمل كلمة الحدود بمعناها الأصلى، وهو جميع قواعد الشريعة (بالمعنى الضيق) ومبادئها العامة وليس ما يعرف الآن بهذا الاسم من العقوبات الجنائية .

عوده ١٩- المميزات الجوهرية التي تميز الشريعة عن القانون ... ونستطيع بعد أن عرضنا الخلافات الأساسية بين الشريعة والقوانين الوضعية أن نتبين أهم المميزات التي تميز الشريعة عن القوانين، لأن كل ما تخالف الشريعة فيه القوانين، يعتبر في الوقت نفسه مما يميز الشريعة عن القوانين . وعلى هذا يمكننا أن نستخلص مما ذكر من الاختلافات ... أن الشريعة الإسلامية تمتاز عن القوانين الوضعية بثلاث ميزات جوهرية :

الميزة الأولى: "الكمال". تمتاز الشريعة الإسلامية عن القوانين الوضعية بالكمال، أي بأنها استكملت كل ما تحتاج إليه الشريعة الكاملة من قواعد ومبادئ ونظريات وأنها غنية بالمبادئ والنظريات التي تكفل سد حاجات الجماعة في الوقت الحاضر القريب والمستقبل البعيد ...

الميزة الثانية : "السمو". تمتاز الشريعة الإسلامية عن القوانين الوضعية بالسمو، أي بأن قواعدها ومبادئها أسمى دائما من مستوى الجماعة، وأن فيها من المبادئ والنظريات ما يحفظ لها هذا المستوى السامي، مهما ارتفع مستوى الجماعة ...

الميزة الثالثة: "الدوام". تمتاز الشريعة الإسلامية عن القوانين الوضعية بالدوام أي بالثبات والاستقرار، فنصوصها لا تقبل التعديل والتبديل مهما مرت الأعوام وطالت الأزمان، وهي مع ذلك تظل حافظة لصلاحيتها في كل زمان ومكان ...

هذه هي الميزات الجوهرية للشريعة الإسلامية ... وهي على تعددها وتباينها ترجع إلى أصل واحد نشأت عنه جميعا بحيث يعتبر كل منها أثرا من آثاره. وهذا الأصل هو أن الشريعة الإسلامية من عند الله ومن صنعه. ولولا أن الشريعة من عند الله لما توافرت فيها صفات الكمال والسمو والدوام، تلك الصفات التي تتوافر دائما فيما يصنعه الخالق ولا يتوافر شيء منها فيما يصنعه المخلوق ...

٢٠- *الأدلة على توافر هذه المميزات في الشريعة* ... وإذا كنا قد ذكرنا أن الشريعة تتميز بالسمو والكمال والدوام، فقد بقي علينا أن نقدم الدليل على توافر هذه المميزات. وسيتبين للقارئ فيما يأتي أن هذه المميزات متوافرة في كل مبدإ، وفي كل نظرية، وفي كل قاعدة قانونية جاءت بها الشريعة الإسلامية. وسنعرض على القارئ الآن طائفة من النظريات والمبادئ الشرعية التي لم تعرفها القوانين الوضعية إلا أخيرا، أو لم تعرفها بعد، تتوافر فيها جميعا كل هذه المميزات، وسيرى القارئ أن هذه المميزات كلها تتوافر في كل المبادئ والنظريات التي سنتعرض لدراستها في هذا الكتاب، فالدليل إذن على توافر هذه المميزات هو الواقع الذي لا يكذب، وليس بعد منطق الواقع حاجة لدليل أو استدلال ...

۞ 19- 20 – تخلف المجتمع الإسلامي يعالج بالتجديد والاجتهاد والتقنين الشرعي ليس قانونا وضعيا :

طالما أن المجتمع يؤمن بالشريعة، فإنه يستطيع علاج تخلفه إذا أصابه الوهن أو التخلف، فإن ذلك "عارض مؤقت" يعالجه المجتمع بالتجديد عن طريق الاجتهاد والإجماع؛ لكي يلحق بالمستوى السامي لمبادئ الشريعة:

إن شريعتنا ذات مصدر إلهي وطابع ديني، فلم يصنعها المجتمع بل هي التي تهيمن على المجتمع، لكي توجهه إلى الفضائل والقيم العليا، فهي تربي المجتمع وتنشئه وتؤهله لكي يكون صالحا متقدما متطورا باستمرار نحو الأفضل والأسمى. ودليل ذلك أنها أنشأت من القبائل العربية المتخلفة المتصارعة المتناحرة أمة قوية فتحت الأمصار، ورفعت مستوى الشعوب، وهيأتهم لينشئوا أمة عالمية ذات حضارة عظيمة في عصور الإسلام الزاهرة، فهي التي صنعت الأمة، وليست الأمة ولا الشعوب، ولا الدول هي التي وضعتها... بخلاف القوانين الوضعية التي هي من صنع المجتمع أو دوله وحكامه المسيطرين عليه.

ومن المؤكد أن المجتمع لا يستقر على حال،فهو يرتفع حينا وينحط أحيانا، والدول تتغير وتزول، والقوانين التي تصدرها الدول يتغير حالها بتغير حال المجتمع، ويصيبها كل ما يصيبه من أسباب التخلف والتدهور والفساد .

أما الشريعة (بالمعنى الضيق) فقد فرضها الخالق المدبر للكون كله، وحدد لها منابعها ومصادرها، وأعد مبادئها لكي تبقى مقاصدها وأهدافها كاملة سامية ثابتة تستنهض المجتمعات دائما لكي تسمو إلى مستواها، ولذلك فتحت مصادرها السماوية لنا باب الاجتهاد والإجماع ليكونا أداة لتجديدها ونموها.وزادت على ذلك بأن وسعت سلطة القاضي في تحديد"التعازير" وتقدير الجزاءات المناسبة للواقعة المعروضة عليه، والمتهم المقدم له،وهذا التوسيع منح له باعتباره فقيها؛ فتوسيع سلطة القضاء دليل آخر على مرونة الفقه لأنه مكمل لعمل الفقهاء المجتهدين ودليل عليه .

ومن شأن الجماعة أن تنجح حينا أو تفشل حينا آخر في الوصول إلى هذا المستوى السامي الذي تريده الشريعة، فهي قد تتخلف عنها، وتقصر في فهمها أو الاستفادة من مبادئها وأصولها، لكن ذلك عارض يوجب عليها أن تجدد وتجتهد لكي ترتفع إلى المستوى

الـــذى تفرضه لها الشريعة السامية الكاملة التى فرضها الله على سبيل الدوام. ومن رحمة الله وعدله أن أعطى شريعته العادلة الخالدة (بالمعنى الضيق) إلى جانب ذلك أكبر قـــدر مـــن المرونة، لكى تفتح للمجتمع طريق هذا التطور والتجديد، وتمهد له سبل التقدم المنشـــود بواســـطة الفقـــه، والأدلة الفقهية للأحكام "الشرعية" المستمدة من الإجماع و الاجتهاد، والتى تلتزم بالمصادر الشرعية وتنتسب لها ، وتستمد منها طابعها الإلهى، سواء بقيت هذه الأحكام فى طيات الكتب، والمؤلفات كما هو الشأن فى جميع عصور تاريخنا أو بالصور المستحدثة للتقنينات المستمدة من الشريعة الملتزمة بها.

فى نظـــرنا أن هناك إذن شرطين فى التقنين ليكون له صفة شرعية (حتى ولو تبنته الدولة أو أصدرته) :

أولهما : أن يستمد من مصادر الشريعة ويلتزم أصولها.

ثانيهما : أن يكون ملتزما بحدودها وأحكامها القطعية ومقاصدها السامية.

* * *

بهـــذا تتميز شريعتنا بثبات الأصول والمنابع السماوية ومرونة الفروع النامية الباسقة المتطورة المتجددة فى الفقه أى الاجتهاد والإجماع، وتكون نصوصها (حتى لو عرضت فى صورة تقنين عصرى) كالكلمة الطيبة ﴿أصلها ثابت وفرعها فى السماء﴾[إبراهيم :24].

* * *

ســـيرى القارئ أننا لم نتردد فى نقد بعض ما توصل إليه شهيدنا من آراء، ولم نقصر فى المـــبادرة إلى إضـــافة آراء جديدة نراها تكمل ما بدأه أسلافنا وما سار عليه شهيدنا.

ونحـــن بهـــذا إنما نسير على المنهاج الذى سار عليه فقهاؤنا فى بناء المذاهب المتعددة و الآراء المختـــلفة الـــتى تشهد بعبقرية هذه الشريعة وتميزها عن كل النظم القانونية فى وجـــود مذاهب عديدة وآراء متنوعة، لكنها برغم اختلافها تنبع من مصدر واحد هو الوحى الإلهى فى الكتاب والسنة وتعتز بالانتساب إليه.

لن نقصر فى إبراز أهمية الاجتهادات التى قدمها "الشهيد عبد القادر عوده" فى كتابه، وأولهـــا فى نظـــرنا أنه يفتح لنا ولغيرنا من الداعين لتطبيق الشريعة الإسلامية بابا واسعا للـــتجديد والتنظير، ثم التقنين والتطوير الذى تستلزمه ظروف الزمان والمكان فى الوقت الحاضر والمستقبل إن شاء الله.

۞ الدراسة المقارنة مهدت الطريق للتقنينات العصرية فى الفقه الجنائي الإسلامي:

إن مـــن أول أهـــداف بحـــثه تهيئة الأسباب للسير فى طريق التقنينات الشرعية، لأن المرحـــلة الحاليـــة فى مجتمعاتنا المعاصرة تتميز باهتمام العلماء بعرض الأحكام الشرعية فى صورة مجموعات أو مدونات مرتبة ترتيبا علميا أصبح له نماذج نمطية تسير عليها القوانين الوضـــعية فى أغـــلب الـــدول، ولا يشـــذ عن حركة التقنين العالمية سوى القانون العام الإنجليزى Common Law الذى يعتمد على السوابق القضائية، والفقه الإسلامي الذى يعتمد على كتب التراث فى المذاهب المختلفة .

وكمـــا أن القـــانون العام الإنجليزى لايقف عند حد السوابق القضائية بل تكمله تشـــريعات نظامية، فإن ذلك سيكون الحال فى شريعتنا، لكن التقنين لن يكون بديلا عـــن الفقه، كما أن الفقه لايغنى عن التقنينات المكملة له والمستمدة منه ــ وكلاهما ليـــس إلا ثمرة من ثمار الشريعة بالمعنى الضيق الذى يقصد به نصوص الكتاب والسنة كما بينا .

﴿عوده﴾ ا1- *نظرية المساواة* ... جاءت الشريعة الإسلامية من وقت نزولها بنصوص صريحة تقرر نظرية المساواة، وتفرضها فرضا. فالقرآن يقرر المساواة ويفرضها على الناس جميعا في قوله ﷻ: ﴿يأيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم﴾ [الحجرات:١٣]. والرسول ﷺ يكرر هذا المعني في قوله: "الناس سواسية كأسنان المشط الواحد لا فضل لعربي على أعجمي إلا بالتقوى". ثم يؤكد هذا المعنى تأكيدا في قوله ﷺ : "إن الله قد أذهب بالإسلام نخوة الجاهلية، وتفاخرهم بآبائهم لأن الناس من آدم، وآدم من تراب وأكرمهم عند الله أتقاهم" ...

ويلاحظ على هذه النصوص أنها فرضت المساواة بصفة مطلقة، فلا قيود ولا استثناءات، وإنما المساواة على الناس كافة، أي على العالم كله، فلا فضل لفرد على فرد ولا لجماعة على جماعة، ولا لجنس على جنس، ولا للون على لون، ولا لسيد على مسود، ولا لحاكم على محكوم .

وهذا هو نص القرآن ليذكر الناس أنهم خلقوا من أصل واحد من ذكر وأنثى، ولا تفاضل إذا استوت الأصول، وإنما مساواة. وهذا هو قول الرسول ﷺ يذكر الناس أنهم جميعا ينتمون لرجل واحد، خلق من تراب، فهم متساوون ويشبههم في تساويهم بأسنان المشط الواحد، ولم يعرف أن سنا من مشط فضلت على سنة أخرى.

* * *

وقد نزلت نظرية المساواة على الرسول، وهو يعيش في قوم أساس حياتهم وقوامها التفاضل. فهم يتفاضلون بالمال والجاه، والشرف واللون، ويتفاخرون بالآباء والأمهات والقبائل والأجناس. فلم تكن الحياة الاجتماعية وحاجة الجماعة هما الدافعين لتقرير نظرية المساواة، وإنما كان الدافع لتقريرها من وجه هو رفع مستوى الجماعة ودفعهم نحو الرقي والتقدم. كما كان الدافع لتقريرها من وجه آخر ضرورة "تكميل" الشريعة بما تقتضيه "الشريعة الكاملة الدائمة" من مبادئ ونظريات. ولا جدال في أن عبارة النصوص جاءت عامة مرنة إلى آخر درجات العموم والمرونة، فلا يمكن مهما تغيرت ظروف الزمان والمكان والأشخاص أن تضيق عبارة النصوص بما يستجد من الظروف والتطورات. والعلة في وضع نصوص الشريعة على هذا الشكل

<عوده> أن الشـــريعة لا تقبل التعديل والتبديل فوجب أن تكون نصوصها بحيث لا تحتاج إلى تعديل أو تبديل ...

وإذا كـــانت نظرية المساواة قد عرفت في الشريعة الإسلامية من ثلاثة عشر قرنا، فإن القوانين الوضعية لم تعرفها إلا في أواخر القرن الثامن عشر، وأوائل القرن التاسع عشر. وإذن فقد سبقت الشريعة الإسلامية القوانين الوضعية في تقرير المساواة بأحد عشر قرنا، ولم تأت القوانين الوضعية بجديد حين قررت المساواة، وإنما سارت في أثر الشـــريعة واهتدت بهداها. وسيرى القارئ فيما بعد أن القوانين الوضعية تطبق نظرية المساواة تطبيقا محدودا بالنسبة للشريعة الإسلامية التي توسعت في تطبيق النظرية إلى أقصى حد[1] ...

---

(١) يـــراجع الفصل المخصص لسريان القانون على الأشخاص، فقد تكلمنا فيه على نظرية المساواة بتوسع، بيـــنما قصـــرنا الكلام هنا على قدر ما يقتضيه المقام من بيان مميزات الشريعة فيما جاءت به من مبادئ ونظريات ...

21 – نظرية المساواة الإنسانية فى الكتاب والسنة :

يكفى استعراض النصوص القرآنية التى استمد منها "فقيهنا" هذه النظرية، وتأكيده على إطلاقها وعمومها، ووصفها بأنها تشمل الناس كافة بلا قيود ولا استثناءات، فلا فضل لفرد على فرد، ولا لجماعة على جماعة، ولاجنس على جنس، ولا لون على لون، ولاسيد على مسود، ولا لحاكم على محكوم لكى نقتنع بما توصل إليه من أن شريعتنا السمحة قد سبقت غيرها بالعناية بهذه المبادئ التى ما زال البعض ينسبها إلى "الفقه العصرى" أو المدنية الأوربية، حتى إن هناك من يزعم أنها نتيجة للثورة الفرنسية فى أوربا، وينسون أن شريعتنا قد سبقتها إلى ذلك بقرون عديدة مما استدل به على ما تتمتع به شريعتنا من كمال وسمو لاتدانيها فيهما شرائع أخرى يصفونها بالتقدم، رغم أنها متأخرة على شريعتنا التى سبقتها إلى ذلك بنصوص قاطعة .

ولم يكتف الإسلام بتقرير المبدإ، بل إنه بين لنا أساس المساواة بين البشر وموجبها، وهو أن لهم جميعا إلها واحدا، وأبا واحدا. وقد أوضحت أحاديث نبوية عديدة هذا المبدأ، وأكده رسولنا الكريم فى خطابه الدستورى التاريخى فى حجة الوداع.

وسوف نعتمد كثيرا على اهتمامه بهذه النظرية فى تقديم بعض الاقتراحات والآراء المتعلقة بعدد من الأحكام الفرعية، والتى قد تتجاوز ما ذهب إليه هو أو غيره من الفقهاء الأقدمين أو المحدثين فنرجو أن يتقبلها القارئ بصدر رحب، وأن يعذرنا إذا كنا نصر على إعمال النظريات الأساسية والمبادئ العامة التى نعرضها، ليتدبرها القارئ والباحثون فى المستقبل، لأن مبادئ شريعتنا السمحة – كما قال هو – إنما جاءت لترفع مستوى الجماعات الإنسانية وتدفعها إلى السمو والتقدم[1].

---

[1] نقترح على القارئ – بعد اطلاعه على هذا البند (21) والذى يليه (22)– أن ينتقل إلى البندين (29، 31) ... ثم البند (28) لعلاقة مبدإ المساواة الوثيقة بموضوع الأسرة على النحو الذى سوف نفصله. كما نقترح أيضا تأخير البند (30) ليكون بعد البند (31) المرتبط والمكمل للبند (29) فى نظرنا.

<عوده> ١١. *نظرية مساواة المرأة بالرجل* ... هذه النظرية ليست إلا فرعا من النظرية العامة للمساواة أو تطبيقا لها، وقد فضلنا أن نجعل لها مكانا خاصا لأهميتها، ولأنها دليل ظاهر على عدالة الشريعة وسموها وحكمتها في تقرير الحقوق وتوزيع الواجبات، وأن الشارع لا يطبق المبادئ العامة تطبيقا آليا وإنما يطبقها ليحقق بها نفعا أو يدفع بها ضررا ...

والقاعدة العامة في الشريعة الإسلامية ... أن المرأة تساوي الرجل، في الحقوق والواجبات، فلها مثل ماله، وعليها مثل ما عليه . وهى تلتزم للرجل بما يقابل التزاماته لها، فكل حق لها على الرجل يقابله واجب عليها للرجل، وكل حق للرجل عليها يقابله واجب على الرجل لها، وذلك قوله ﷻ: ﴿ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف﴾ [البقرة :٢٢٨] ...

ولكن الشريعة في تقريرها المساواة بين الرجل والمرأة كقاعدة عامة، ميزت الرجل عن المرأة بميزة واحدة، فجعلت له على المرأة درجة في قوله ﷻ:﴿وللرجال عليهن درجة﴾ [البقرة:٢٢]. وقد بين القرآن حدود هذه الميزة، أو الدرجة التي اختص بها الرجل في وقوله ﷻ: ﴿الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم﴾ [النساء :٣٤]، فبين ذلك أن الدرجة هى درجة الرئاسة والقوامة على شئونهما المشتركة* ...

ولاشك فى أن الرجل، وهو المكلف طبقا للشريعة بالإنفاق على المرأة وتربية الأولاد، والمسئول الأول عن الأسرة، أحق بالرئاسة والقوامة على شئون الأسرة المشتركة لأن مسئوليته عن هذه الشئون تقتضي أن يكون صاحب الكلمة العليا فيها....

فالسلطة التي أعطيت للرجل إنما أعطيت له مقابل المسئولية التي حملها ليتمكن من القيام بمسئوليته على خير وجه. وهذا تطبيق دقيق لقاعدة شرعية عامة، هى القاعدة التي تقول "السلطة بالمسئولية"، تلك القاعدة التي جاءت بها الشريعة لتحكم علاقة أصحاب السلطان بغيرهم، ولتبين مدى سلطتهم ومسئوليتهم والتي قررها الرسول ﷺ في قوله: "كلكم راعٍ وكلكم مسئول عن رعيته، فالإمام راعٍ وهو مسئول عن

---

* يلاحظ تعليق الدكتور العوا على هاتين الآيتين في نهاية الحاشية .

<عوده> رعيته، والرجل راعٍ في أهله، وهو مسئول عن رعيته، والمرأة راعية في بيت زوجها وهى مسئولة عن رعيتها" ...

وإذا كان للرجال درجة على النساء في شئونهم المشتركة، فإن الرجل لا يتميز عن المـــرأة في شئونهما الخاصة وليس له عليها أي سلطان، فهى تستطيع مثلا أن تتملك الحقـــوق وتتصرف فيها دون أن يكون للرجل ولو كان زوجا أو أبا – أن يشرف عليها أو يتدخل في أعمالها ..

وقـــد ســـوت الشريعة الإسلامية بين الرجل والمرأة على الوجه السابق من يوم نـــزولها، أي من ثلاثة عشر قرنا تقريبا في وقت لم يكن فيه العالم مهيأ للتسوية بين الـــرجل والمـــرأة في الحقـــوق والواجبات، فلم تكن حاجة الجماعة هى التي دفعت الشـــريعة لـــتقرير المساواة، وإنما اقتضت ذلك ضرورة تكميل الشريعة بالمبادئ التي يجب أن تكون في شريعة كاملة دائمة ...

ونســـتطيع أن نـــدرك مـــدى السمو، الذي وصلت إليه الشريعة بتقريرها مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، إذا علمنا أن القوانين الوضعية، لم تسمح بالتسوية بينهما إلا في القرن التاسع عشر، وأن بعضها يمنع النساء إلى اليوم من التصرف في شئونهن الخاصة إلا بإذن أزواجهن ...

ويمكنـــنا أن نلاحظ بسهولة مدى عموم النصوص ومرونتها، وأنها لا تضيق بحالة مـــا، ولا تعجـــز عن الإحاطة بكل ما يتصور من المسائل. فإذا أضيف هذا إلى ما في النصوص من كمال وسمو كان من الحق أن نقول إن نصوص الشريعة لا تقبل التعديل والتبديل؛ لأنها ليست في حاجة إلى تعديل أو تبديل ...

۞ 22 – نظرية مساواة المرأة بالرجل ونظريات الأسرة :

هذا المبدأ الشرعى فرع من نظرية المساواة العامة المطلقة (التى استعرضها فى البند السابق)، لكنها فى نظره استحقت أن تصاغ كنظرية متميزة بسبب الاعتبارات الاجتماعية التى تستلزم وحدة الأسرة وتضامن أعضائها، الأمر الذى يستوجب وجود قدر كبير من التوازن والتنوع بين حقوق كل من الرجل والمرأة، وواجبات كل منهما والتزاماتهما المتكاملة فى إطار الأسرة ووظائفها لتنشئة أجيال المستقبل وتجديد بناء المجتمع .

بعض الذين يتغنون بالدعوة إلى المساواة بين الجنسين إنما يتجاهلون نظام[1] الأسرة الذى تعنى به شريعتنا. ويغالى بعضهم فى التهجم على بعض أحكام الشريعة التى تخص الزوج بالقوامة فى الأسرة، أى رئاستها والالتزام بالإنفاق عليها، كما تختص الزوجة بالحمل والرضاعة والحضانة. وهدف كثير منهم فى الواقع هو التخلى عن وحدة الأسرة أو هدمها وتفكيك مبدإ التضامن والتوازن فى الحقوق والمسئوليات بين الزوج والزوجة، واستبعاد ما يترتب علي هذا التضامن من تماسك البناء الأسرى ووحدته التى هى ضرورية لتنشئة الأطفال وإقامة المجتمع الصالح الذى ترى شريعتنا أن نواته هى الأسرة المتضامنة .

إن مجتمعنا الإسلامى هو مجتمع أسر لا مجتمع أفراد فقط، وحرص فقهنا على كيان الأسرة ووحدتها هو الذى اقتضى بناء نظرية المساواة بين المرأة والرجل على أساس التوازن فى إطار الأسرة، وهى على كل حال مكملة للنظرية العامة فى المساواة بين الجميع التى تستلزم التكامل والتوازن بين أفراد المجتمع، لكنها لا تعنى مطلقا مجرد التماثل أو التشابه.

كما أن المساواة بين أفراد المجتمع لا يمكن أن تعنى أن يكون هناك تماثل دون تفاوت بينهم فى المركز الاجتماعى أو تنوع فى المسئوليات والأعمال ، كذلك المساواة

---

(1) كنا نفضل لو أنه جمع هذا البند وسابقه مع البندين (29+31) لأن موضوعهما يتأثر بنظام الأسرة، وأحكامها التى هى كلها فروع من نظرية عامة شاملة لجميع المبادئ التى تتعلق بتضامن أفراد الأسرة والتوازن بينهم فى الحقوق والواجبات رغم تنوع مسئوليات الرجل والمرأة فى نطاق الحياة الزوجية التى هى أساس الأسرة .

❁ المساواة لا تعنى التماثل فى المجتمع ولا فى الأسرة :

بـين الـرجل والمرأة فى الأسرة لا يعنى التماثل بل هو التكامل الذى يستلزمه تنوع وظيفـة كل منهما فى إطار التوازن بحيث يكون للزوج الرئاسة مقابل تحمله مسئولية القوامـة، أى الكسب والإنفاق على الأسرة فى حين تقع على المرأة مسئولية الحمل والـولادة والرضـاعة والحضانة للأولاد،وبذلك يكون هناك قدر كاف من التوازن والتعاون والتكامل يوفر للأسرة جميع احتياجاتها، ويمكنها من إنجاب الذرية وتنشئتها التنشـئة الصـالحة الـتى تضمن للأمة البقاء وللإنسانية النمو والتجدد فى إطار من التكافل والتضامن مع تنوع الاختصاصات وتفاوت المسئوليات.

إن بعض من يرفعون شعارات "تحرير المرأة" ينتقدون ما يقرره القرآن للرجال من "القوامة"، أى رئاسة الأسرة والإنفاق عليها، ويزعمون أن هذه الرئاسة تتعارض مع تحرير المرأة، ونرد على ذلك بملاحظتين :

الأولى : أنهم يدعون إلى وجوب التزام المرأة بالعمل والكسب، ولو أدى ذلك إلى انصـرافها عن التفرغ لرعاية الأطفال والحمل والرضاعة والحضانة وما إليها. و هم فعـلا يقصـدون "تحريرها"من هذه المسئولية "البيولوجية" الشاقة العسيرة، مسئولية الحمل والرضاعة والحضانة ـ لأنهم لا يهمهم وجود هذه الذرية ولا رعايتها.

ونـرى بعضهم يسرف فى تشويه صورة المرأة الحامل أو المرضعة أو المربية، حتى يغـرس لـدى الفتيات "والنساء" كره هذه المهمة، ويفضلن عليها العمل إلى جانب الرجل خارج المنزل وعدم التفرغ للولادة والحمل ورضاعة الأطفال .

الـثانية : أنهـم لا يـرون بأسا من أن تكون المرأة العاملة خاضعة لمن يرأسها أو يسـتخدمها فى العمـل، ويكون له عليها حق المحاسبة والتأديب المترتب على هذه الرئاسة، ويفضلون هذه الرئاسة – التى يمارسها رجل أجنبى على المرأة العاملة – على رئاسة الزوج للأسرة بما فيها الزوجة والأطفال.. إنهم يريدون أن يكون عمل الزوجة خـارج الـبيت بديلا عن مشاركتها فى بناء الأسرة وإنجاب الأطفال ورعاية الجيل الناشـئ، وأن يكون رئيسها فى العمل بديلا لرئيس الأسرة وهو الزوج، فى حين أننا نرى أن العمل خارج المنزل مجرد أمر ثانوى مكمل لوظيفتها ومسئوليتها فى الأسرة لا متعارض معها ولا بديل لها. ومادام لكل كيان رئيسه، فلماذا لا يكون للأسرة رئيسها؟

❁ تنوع الاختصاصات بين أعضاء الأسرة وأفراد المجتمع لا يخل بالمسئولية :

ولمـــن تكـــون الرئاســـة فيها إذا لم تكن لمن تلزمه شريعتنا بالعمل للإنفاق على جميع أفرادها بمن فيهم الزوجة حتى ولو كانت تعمل وتكسب ولها ثروة ومال خاص بها ؟ وينسون أن هذا التنوع والتكامل مقرر لصالح الأطفال لا لصالح الزوج أو الزوجة.

إنهم يريدون المرأة خارج نطاق الأسرة، ويعدون ذلك تحريرا لها من الزواج والأمومة، بمعـــنى انفلاتها من مسئوليات الزواج والأمومة ومن الارتباط برجل يصاحبها فى مسيرة حياتهـــا كزوج يلتزم بالإنفاق عليها، ويفضلون أن تعاشر من تجد من الرجال وتخضع لمن يدفـــع لها أجرها من أصحاب العمل وتقبل رئاسته بدلا من رئاسة الزوج، ولو أدى ذلك إلى أن تعيش فى المجتمع منفردة بدون رجل يشاركها فى بناء الأسرة وتربية الأولاد تأنس له وتتعاون معه على مواجهة مشكلات العيش وتنشئة الأطفال وهم مستقبل الأمة .

إنهم بكل وضوح يريدون تحريرها من مهمة الحمل والولادة والرضاعة والإنجاب، لأنهم لا يريدون مزيدا من الأطفال، ويريدون أن يفرضوا ذلك على المجتمعات الناشئة الفقـــيرة التى لا يرون بأسا من إبادتها والقضاء عليها حتى لا تكون فى المستقبل ... بديلا عن المجتمعات الغنية التى يهددها الترف والتسيب الجنسى بالفساد والانهيار .

ملاحظاتنا على طريقته فى عرض النظريات العامة :

لقـــد بدأ فقيهنا بعرض نظرية المساواة فى البندين (21،22) قبل نظرية الحرية وما يتصـــل بهـــا من الشورى وتقييد سلطة الحكام فى البندين (23،28)، ثم أعقب ذلك بعرض نظريات الطلاق وتعدد الزوجات فى البندين (29،31) .

ونظرا لأهمية نظرية الأسرة بصفة عامة، وما يتعلق بها من أحكام الطلاق وتعدد الـــزوجات، وارتـــباطها الوثيق بنظرية المساواة بين الرجال والنساء البند (22)، والمساواة بصفة عامة البند (21)، فقد استبحنا لأنفسنا أن ندعو القارئ لكى يقدم قراءة البندين (29،31) قبل البنود (23،28) الخاصة بالحريات لتأكيد اعترافنا بأنه آثر إعطاء نظرية المساواة أهمية قصوى بتقديم بحثه فيها على نظرية الحرية وغيرها، وأن مشـــرعنا يعطـــى لنظام الأسرة أهمية قصوى تبرر وضع قيود وحدود للحرية "الجنسية" وللتماثل بين الرجل والمرأة الذى يريده دعاة تحرير المرأة من مسئولياتها فى الأسرة .

❁ أهمية حصانة الأسرة وأثرها فى تشريعنا الجنائي :

وسنوضح ذلك فيما يلى :-

إننا تجرأنا على ذلك لسببين :

الأول : هو ما نراه من تطورات تدل على اتجاه كثير من المفتونين بالمذاهب المادية الأوروبية والأمريكية إلى الإسهام فى حملات التشهير ببعض مبادئ شريعتنا وأحكامها الخاصة بكيان الأسرة والعلاقات الأسرية والاجتماعية القائمة على الارتباط بين أحكام الزواج والنفقة والميراث، لأنها كلها تدور حول مبدإ وحدة الأسرة وحمايتها وتدعيمها "بحسبانها محور المجتمع والخلية الأولى لبنائه"، وينظمها بمبادئ متوازنة ومتكاملة ومرتبطة هى أساس جميع الأحكام المتعلقة بكيان الأسرة .

أما الأمر الثانى : وهو أهم – فإن نظريات الأسرة تفسر لنا الحماية الاستثنائية التى يوفرها التشريع الجنائى الإسلامى للقيم السلوكية المتعلقة بالعلاقات الجنسية، التى تحمى الزواج واستقرار الأسرة، وذلك عن طريق فرض عقوبات حدية قصوى للانحرافات التى تهدد كيان الأسرة، وجعلها من أهم جرائم الحدود وهما جريمتا الزنا والقذف .

لنفس السبب ندعو القارئ إلى تأخير مراجعة البند (30) بشأن تحريم الخمر الذى يفصل بين أحكام الطلاق وتعدد الزوجات لعدم وجود مبرر للفصل بين هذين المبدأين المتعلقين بنظام الأسرة .

إن تأخير مراجعة البنود (23 – 28) بشأن الحريات عموما، والشورى ومحاسبة الحكام إلى ما بعد البنود (29 – 31) بشأن الأسرة وما يتصل بها لا يعنى مطلقا التفضيل، بل لوحدة موضوع تلك البنود للأسباب التى أوضحناها آنفا، وذلك مع حرصنا على احتفاظها جميعا بالأرقام والمواقع الأصلية التى اختارها فقيهنا والتزم بها، مراعاة للترتيب فى الفهرس .

وكذلك ندعو القارئ إلى تأخير مراجعة البند (30) بشأن تحريم الخمر إلى ما بعد البند (31) حتى يكون هذا البند الخاص بتعدد الزوجات تاليا مباشرة للبند (30) بشأن الطلاق وما قبله من البنود المتعلقة بكيان الأسرة، وذلك مع الاحتفاظ برقمه وموقعه الأصلى للسبب الذى بيناه بالنسبة للبنود السابقة .

---

* تعليق للأستاذ الدكتور " العوا " على الفقرة (٣)من البند (٢٢): "فى كتابنا عن الفقه الإسلامى فى طريق التجديد قلنا إنه يراعى اختلاف سياق الآيتين، فالأولى فى سياق الطلاق والمراجعة، والثانية فى سياق القيام بشؤون الزوجية، فالدرجة ميزة عقدية، والقوامة واجب عقدى يلزم الرجل بالقيام بما يصلح المرأة" .

﴿عوده﴾ ٣٣- *نظرية الحرية* ... من المبادئ الأساسية التي جاءت بها الشريعة الإسلامية: مبدأ الحرية. فقد أعلنت الشريعة الحرية، وقررتها في أروع مظاهرها، فقررت حرية التفكير وحرية الاعتقاد، وحرية القول، وسنتكلم عن هذه الحريات واحدة بعد أخرى فيما يأتي ..

٣٤- *حرية التفكير*.. جاءت الشريعة الإسلامية معلنة حرية التفكير، محررة العقل من الأوهام والخرافات والتقاليد والعادات، داعية إلى نبذ كل مالا يقبله العقل. فهي تحث على التفكير في كل شيء وعرضه على العقل، فإن آمن به العقل كان محل إيمان، وإن كفر به كان محل كفران. فلا تسمح الشريعة للإنسان أن يؤمن بشيء إلا بعد أن يفكر فيه ويعقله، ولا تبيح له أن يقول مقالا أو يفعل فعلا إلا بعد أن يفكر فيما يقول ويفعل ويعقله ...

ولقد قامت الدعوة الإسلامية نفسها على أساس العقل. فها هو ذا القرآن يعتمد في إثبات وجود الله ويعتمد في إقناع الناس بالإسلام، ويعتمد في حملهم على الإيمان بالله ورسوله ﷺ وكتابه – يعتمد القرآن في ذلك كله اعتمادا أساسيا على استثارة تفكير الناس وإيقاظ عقولهم، ويدعوهم بشتى الوسائل إلى التفكير في خلق السموات والأرض وفي خلق أنفسهم، وفي غير ذلك من المخلوقات ويدعوهم إلى التفكير فيما تقع عليه أبصارهم وما تسمعه آذانهم ليصلوا من وراء ذلك كله إلى معرفة الخالق، وليستطيعوا التمييز بين الحق والباطل ...

ونصوص القرآن التي تحض على استخدام العقل وتحرير الفكر لا تعد كثرة، منها قوله ﷻ: ﴿إن في خلق السموات والأرض واختلاف الليل والنهار والفلك التي تجري في البحر بما ينفع الناس وما أنزل الله من السماء من ماء فأحيا به الأرض بعد موتها وبث فيها من كل دابة وتصريف الرياح والسحاب المسخر بين السماء والأرض لآيات لقوم يعقلون﴾ [البقرة:١٦٤]، وقوله ﷻ: ﴿قل إنما أعظكم بواحدة أن تقوموا لله مثنى وفرادى ثم تتفكروا﴾ [سبأ:٤٦]، وقوله ﷻ: ﴿أو لم يتفكروا في أنفسهم ما خلق الله السموات والأرض وما بينهما إلا بالحق وأجل مسمى﴾ [الروم:٨] وقوله ﷻ: ﴿قل انظروا ماذا في السموات والأرض﴾ [يونس:١٠١]، وقوله ﷻ: ﴿فلينظر الإنسان مم خلق ۞ خلق من ماء دافق ۞ يخرج من بين الصلب والترائب﴾ [الطارق: ٥-٧]،

عوده   وقوله ﷻ : ﴿أفلا ينظرون إلى الإبل كيف خلقت ۞ وإلى السماء كيف رفعت ۞ وإلى الجبال كيف نصبت ۞ وإلى الأرض كيف سطحت﴾ [الغاشية: ١٧-٢٠]، وقوله ﷻ : ﴿إن في ذلك لذكرى لمن كان له قلب أو ألقى السمع وهو شهيد﴾ [سورة ق: ٣٧] وقوله ﷻ: ﴿وما يذكر إلا أولو الألباب﴾ [آل عمران :٧] ...

ويعيب القرآن على الناس أن يلغوا عقولهم، ويعطلوا تفكيرهم ويقلدوا غيرهم ويؤمنوا بالخرافات والأوهام، ويتمسكوا بالعادات والتقاليد دون تفكير فيما يتركون وما يدعون وينعي عليهم ذلك كله، ويصف من كانوا على هذه الشاكلة بأنهم كالأنعام، بل هم أضل سبيلا من الأنعام ؛ لأنهم يتبعون غيرهم دون تفكير، ولا يحكمون عقولهم فيما يعملون أو يقولون أو يسمعون، ولأن العقل هو الميزة الوحيدة التي ميز الله ﷻ بها الإنسان على غيره من المخلوقات فإذا ألغى عقله أو عطل فكره، تساوى بالأنعام، بل كان أضل منها ...

ونصوص القرآن صريحة في تقرير هذه المعاني، واقرأ إن شئت قوله ﷻ: ﴿وإذا قيل لهم اتبعوا ما أنزل الله قالوا بل نتبع ما ألفينا عليه آباءنا أو لو كان آباؤهم لا يعقلون شيئا ولا يهتدون * ومثل الذين كفروا كمثل الذي ينعق بما لا يسمع إلا دعاء ونداء صم بكم عمي فهم لا يعقلون﴾ [البقرة : ١٧٠ ، ١٧١] ، وقوله ﷻ : ﴿أفلم يسيروا في الأرض فتكونَ لهم قلوب يعقلون بها أو آذان يسمعون بها فإنها لا تعمى الأبصار ولكن تعمي القلوب التي في الصدور﴾ [الحج: ٤٦]، وقوله ﷻ : ﴿ولقد ذرأنا لجهنم كثيرا من الجن والإنس لهم قلوب لا يفقهون بها ولهم أعين لا يبصرون بها ولهم آذان لا يسمعون بها أولئك كالأنعام بل هم أضل أولئك هم الغافلون﴾ [الأعراف:١٧٩].

وللإنسان أن يفكر فيما شاء ... كيفما يشاء،وهو آمن من التعرض للعقاب على هذا التفكير، ولو فكر في إتيان أعمال تحرمها الشريعة. والعلة في ذلك أن الشريعة لا تعاقب الإنسان على أحاديث نفسه، ولا تؤاخذه على ما يفكر فيه من قول أو فعل محرم، وإنما تؤاخذه على ما أتاه من قول أو فعل محرم، وذلك معنى قوله ﷺ : "إن الله تجاوز لأمتي عما وسوست أو حدثت به أنفسها، ما لم تعمل به أو تكلم" ...

❁ 23 – 24 نظريات الحريات المتنوعة وأولها حرية التفكير :

لقـــد أنصـــف "فقهيـــنا" بعرض المبادئ الإنسانية الأساسية فى شريعتنا على أنها نظريات لا مجرد مبادئ نرى أن البعض يحاول عرضها منفصلة أو معزولة عن غيرها من الأحكام الفرعية. فالحريات التى عرضها ليست مجرد مبادئ أو قواعد أو أحكام، بـــل هـــى كما وصفها بحق : نظريات عامة واسعة النطاق، تقوم على ارتباط المبدإ الأصـــلى مـــع ضمانات تستلزم حدودا وأحكاما متنوعة تفرضها مقتضيات حقوق الإنسان الفطرية وتضامن المجتمع وسلامته وأمنه ...

فالحـــرية فى شريعتنا ليست حرية "الأوابد" فى الغابة يعمل كل منها ما توحى به غرائـــزه وشـــهواته، لايحدها إلا قدرته وقوته، فيأكل القوى الضعيف، بل هى عندنا حـــرية اجتماعية لها حدودها الإلهية التى هى ضمانات لاحترام حقوق الغير وحرياته. هذه الحدود التى فرضتها شريعتنا، تجعل الحرية نظرية اجتماعية تحدها وظيفتها فى بناء المجتمع وأمنه واستقراره، ومقتضيات التوازن والتكافل والتضامن الاجتماعى، ولذلك فإنها تشمل صورا عديدة متنوعة فى جميع نواحى الحياة الإنسانية كما سنرى ...

وسوف نرى فى استعراضه للحريات المتنوعة أن المبدأ العام الذى يستفاد من هذه القواعـــد أن الحريات جميعا التى ندرسها أو لاندرسها هنا، سواء حرية الاعتقاد، أو القول، أو الحركة... لا يجوز أن تتخذ وسيلة عدوان على أصول المجتمع وقيمه، ولا على حريات الآخرين وحقوقهم[1].

الـــتفكير فى شـــريعتنا ليس مجرد حق بل هو واجب، وهو واجب فردى وفريضة اجتماعية [2].

والآيـــات الـــتى استعرضـــها فقيهنا تؤكد مشاركة المجتمع كله ومسئوليته فى هذا الواجـــب، فلا يجوز للفرد أن يتخذ حريته فى التفكير مبررا للتهرب من نظام المجتمع الذى يقوم على أصول ومبادئ تضمن الحرية لغيره، وللجميع ولا أن يتخذها مبررا للتهرب من مقتضيات النظام العام وضوابطه أو مهاجمته وتوهين أسسه وأصوله .

---

(1) نقترح على القارئ تأجيل هذا الموضوع، ومايليه فى البنود (24 – 28) لكى يكون الاطلاع عليها بعد الانتهاء من الموضوعات المتعلقة بالأسرة فى البندين (29،31) فيما بعد، التى ترتبط فى نظرنا مع نظريات المساواة وتؤثر فيها .

(2) يراجع كتاب الأستاذ / عباس محمود العقاد بعنوان : " التفكير فريضة إسلامية ".

۞ حرية التفكير لاتبرر مهاجمة أصول المجتمع وحريات الآخرين :

لذلك، فإن مبدأ الحرية الفردية يجب أن يكون فى نطاق الالتزام بالنظام الاجتماعى التضامنى، فلا تتخذ حرية التفكير وسيلة لهدم كيان المجتمع أو تهديد الأسس التى يقوم عليها.

ويكفينا أن نراجع النصوص التى أوردها لكى ندرك مدى عناية الإسلام بهذا "الواجب"، واجب التفكير والنظر فى كل ما يحيط بنا من مخلوقات الله فى هذا الكون الفسيح، وكلما زدنا معرفة به وعلما فى شئونه، تأكدنا أن ما وصلنا إليه من علم ليس إلا قدرا محدودا، وأن الله وحده هو مصدر العلم الكامل الشامل الذى يحيط بكل شىء سواء ما ندركه نحن، وما نعجز عن إدراكه الذى يعتبر من "الغيب" بالنسبة لنا.

وواجب التفكير يفرض على المجتمع إزالة المعوقات التى تحول دون تمتع الأفراد بتلك الحرية أو دون ممارستها على الوجه الأكمل بتحرير الفكر من كثير من الأوهام والخرافات المحدثة أو الموروثة،لأن الإنسانية تسمو بالعلم والفكر كل يوم فلا يقبل بعض ما تركه الآباء من بصمات الجهل أو التخلف فى الحياة الفردية والاجتماعية .

وآيات القرآن الكريم التى عرضها علينا ليست فى الواقع إلا ما اتسع له المقام؛ لأن هناك نصوصا كثيرة يمكن مراجعتها فى هذا الصدد فى كتب التفسير* .

---

* تعليق للأستاذ الدكتور " محمد سليم العوا " :-

تراجع أيضا كتب الحديث والسيرة، لأن هناك الدليل العملى على إقرار الإسلام للحريات كافة فى سيرة الرسول ﷺ وصنيع أصحابه والخلفاء الراشدين منهم بوجه خاص. كذلك يراجع ما قرره الفقه فى المذاهب كلها من أحكام مبنية على الاحتفاظ بالحرية والتعويل على ما يؤكدها فى الترجيح بين الآراء وتقديم بعضها على بعض .

(عوده) ٥ـ *حرية الاعتقاد* .... والشريعة الإسلامية هي أول شريعة أباحت حرية الاعتقاد، وعملت على صيانة هذه الحرية وحمايتها إلى آخر الحدود . فلكل إنسان طبقا للشريعة الإسلامية أن يعتنق من العقائد-٩- ما يشاء، وليس لأحد أن يحمله على ترك عقيدته أو اعتناق غيرها، أو يمنعه من إظهار عقيدته ...

وكانت الشريعة الإسلامية عملية حين قررت حرية العقيدة، فلم تكتف بإعلان هذه الحرية، وإنما اتخذت لحمايتها طريقين :

أولهما ... إلزام الناس أن يحترموا حق الغير في اعتقاد ما يشاء، وفي تركه يعمل طبقا لعقيدته. فليس لأحد أن يكره آخر على اعتناق عقيدة ما، أو ترك أخرى. ومن كان يعارض آخر في اعتقاده فعليه أن يقنعه بالحسنى ويبين له وجه الخطأ فيما يعتقد، فإن قبل أن يغير عقيدته عن اقتناع فليس عليهما حرج، وإن لم يقبل فلا يجوز إكراهه ولا الضغط عليه ولا التأثير عليه بما يحمله على تغيير عقيدته وهو غير راضٍ ، ويكفي صاحب العقيدة المضادة أنه أدى واجبه فبين الخطأ، وأرشد إلى الحق، ولم يقصر في إرشاد خصمه وهدايته إلى الصراط المستقيم. واقرأ إن شئت هذه المعاني صريحة واضحة في قول الله ﷻ لرسوله ﷺ : ﴿لا إكراه في الدين﴾ [البقرة: ٢٥٦]. وقوله: ﴿ولو شاء ربك لآمن من في الأرض كلهم جميعا أفأنت تكره الناس حتى يكونوا مؤمنين﴾ [يونس:٩٩]. وقوله ﷻ:﴿فذكر إنما أنت مذكر ۞ لست عليهم بمسيطر﴾ [الغاشية :٢١-٢٢] وقوله ﷻ : ﴿وما على الرسول إلا البلاغ المبين﴾[النور:٥٤]..

(الصدر) ... تعليق "رقم -٩-" ومن الأديان السماوية ما أراد ويباح له السكنى في البلاد الإسلامية إذا التزم الشرائط التي تعرضها عليه الدولة المسماة بالعرف الفقهي بشرائط الذمة، وليس لمن لا يدين بأحد الأديان السماوية السكنى في البلاد الإسلامية؛ لأنها أشبه ما تكون بالجراثيم السامة، فإما أن يذهب سمها وذلك بتدينها بأحد الأديان السماوية أو تزال من الوجود.

(الشاوى) ... رأينا في " تعليق -٩- "أكد مبدأ حرية العقيدة الذي عده المؤلف من أسس العقيدة والشريعة الإسلامية وبين أن أمن الدولة الإسلامية يستوجب التزام غير المسلم بشروط معينة طالما أقام في دار الإسلام، وقال إنها "المسماة في العرف الفقهي بشرائط الذمة" .

لكنا نعارض قوله "ليس لمن لا يدين بأحد الأديان السماوية السكنى في البلاد الإسلامية "، ... وسنعود لذلك فيما بعد ...

(عوده) ثانيهمـــا ... إلزام صاحب العقيدة نفسه أن يعمل على حماية عقيدته، وألا يقـــف موقفا سلبيا فإذا عجز عن حماية نفسه تحتم عليه أن يهاجر من هذه البلدة التي لا تحـــترم فيها عقيدته إلى بلد آخر يحترم أهله العقيدة، ويمكن فيه من إعلان ما يعتقد، فإن لم يهاجر وهو قادر على الهجرة فقد ظلم نفسه، قبل أن يظلمه غيره، وارتكب إثما عظيما وحقت عليه كلمة العذاب، أما إذا كان عاجزا عن الهجرة فلا يكلف الله نفسا إلا وســعها، وهذا هو القرآن ينص صراحة على ذلك بقوله ﷻ : ﴿إن الذين توفاهم الملائكـــة ظـــالمي أنفسهم قالوا فيم كنتم قالوا كنا مستضعفين في الأرض قالوا ألم تكن أرض الله واسعة فتهاجروا فيها فأولئك مأواهم جهنم وساءت مصيرا * إلا المستضعفين مـــن الرجال والنساء والولدان لا يستطيعون حيلة ولا يهتدون سبيلا * فأولئك عسى الله أن يعفو عنهم وكان الله عفوا غفورا﴾[النساء: ٩٧ - ٩٩] ....

وقد بلغت الشريعة الإسلامية غاية السمو حينما قررت حرية العقيدة للناس عامة مســـلمين وغير مسلمين، -١٠- وحينما تكفلت بحماية هذه الحرية لغير المسلمين في بـــلاد الإســـلام. ففـــي أي بلد إسلامي يستطيع غير المسلم أن يعلن عن دينه ومذهبه وعقيدتـــه،-١١- وأن يباشـــر طقوسه الدينية، وأن يقيم المعابد والمدارس لإقامة دينه ودراســـته دون حـــرج عليه. فلليهود في البلاد الإسلامية عقائدهم ومعابدهم، وهم يتعبدون علنا وبطريقة رسمية، ولهم مدارسهم التي يعلمون فيها الدين الموسوي، ولهم أن يكتـــبوا مـــا يشـــاءون عن عقيدهم، وأن يقارنوا بينها وبين غيرها من العقائد، ويفضلوها عليها -١٢- في حدود النظام العام والآداب والأخلاق الفاضلة. وكذلك

(الصدر) ... تعليق "رقم -١٠-" من الكتابيين الذين يؤمنون بالله ويعتقدون بأحد أنبيائه وأحد كتبه المنزلة ...

(الصدر) ... تعليق "رقم -١١-" وليس له أن يدعو المسلم إليه ...

(الصدر) ... تعليق "رقم -١٢-" من دون طعن بالإسلام ولا إفساد المسلمين ...

(الشاوى) ... رأينا في "تعليق -١٠-" نعارض قوله في تعليق رقم (١٠) إن هذه الحرية العقيدية ميزة لأهل الكتاب دون غيرهم، ونعتقد أن هذا رأي شخصي له. ويؤيد رأينا ما تضمنه دستور جمهورية إيران ذاتها في المادة الثالثة عشرة من التسوية بين "الزرادشت" و"اليهود" "والمسيحيين" في الحقوق واعتبارهم من الأقليات الدينية المعترف بها ...

إن احترام النظام العام والآداب يكفي لمقاومة الانحرافات الشاذة مثل العرى أو الفسق =

عوده حـــال المســـيحين مع اختلاف مذاهبهم وتعددها، فلكل أصحاب مذهب كنائســـهم ومدارسهم، وهم يباشرون عبادتهم علنا ويعلنون عقائدهم في مدارسهم، ويكتبون عنها وينشرون ما يكتبون في البلاد الإسلامية...

= وعبادة الأوثان، أو الأهداف السياسية المعادية أو غير ذلك من الانحرافات التي تمارسها بعض الفرق وعادة تمولها جهات أجنبية لتحطيم أخلاق الشباب أو تهديد وحدة المجتمع، وشغل بعض الطوائف ببعض الطقوس المغرية عن العمل الجدي والإنتاج ...

الصدر ... تعليق "رقم -١١-" وليس له أن يدعو المسلم إليه ...

الصدر ... تعليق "رقم -١٢-" من دون طعن بالإسلام ولا إفساد المسلمين ...

الشاوي ... "رأينا في تعليقي رقمي-١١-،-١٢-" ذكر السيد "الصدر" من شرائط الذمة أنه لا يجوز للذمي الطعن في الإسلام ولا إفساد المسلمين وليس له دعوة المسلمين إلى تغيير دينهم، ولا نعتقد أن هناك من يعارض في ذلك، ويعبر المعاصرون عنها بضرورة الالتزام باحترام النظام العام والآداب، وهذا القيد العام يكفي وتتفرع عنه قواعد وأحكام عديدة ...

۞ 25 – حرية الاعتقاد أساسها لا إكراه فى الدين :

إن عرض هذه الحرية عقب حرية التفكير، يدل على أنها تتفرع عنها، لكنها أخص منها، وهذه الخصوصية ترجع إلى أنها تتعلق بالعقائد الدينية.

وكأنـــه ينظر بظهر الغيب، فقد قدم لنا القول الفصل فى الجدل الذى يثيره البعض أخـــيرا حـــول ما يسمونه حرية التفكير والإبداع التى يظنونها مطلقة تبيح لهم الدعوة للالحاد والهجوم على معتقدات الأمة ومقدساتها، لكنها فى شريعتنا محدودة، لايجوز أن تهـــدد العقائد الدينية، لأن الإسلام يجعل حرية العقيدة الدينية للجميع متوازنة ويحيطها بعـــناية كـــبرى تستدعى تأمينها وحمايتها من العدوان عليها حتى ولو وقع باسم "حرية الفكر" لفرد يشذ عن عقيدة الجماعة ويستبيح لنفسه تجريح معتقداتها[1].

إن شـــريعتنا السمحة رغم أنها تَعدُّ الإسلام خاتم الأديان وأنه نسخ ما سبقه من عقـــائد بعضـــها ينحرف عن شريعة التوحيد، إلا أنها فى الوقت نفسه أجازت لأفراد مجتمعـــنا من غير المسلمين حرية التمسك بعقائدهم الدينية السابقة الموروثة، ولذلك قـــررت مبدأ "لا إكراه فى الدين" وهو المبدأ الذى مكن شريعتنا من بناء أول مجتمع إنســـانى أقـــام حضـــارته على تعدد العقائد الدينية، فى حين أن المجتمعات الأخرى والمؤسسات والدول التى كانت تمثل الأديان السابقة كانت تسير على إعطاء أنصار الدين الغالب وممثليه الحق المطلق فى فرضه على الجميع بالقوة والإكراه. يشهد بذلك مـــا فعلته الكنيسة فى العصور الوسطى من إقامة محاكم التفتيش لإكراه الأفراد جميعا عـــلى إعـــلان انتمائهم لعقيدتها وتحريم الاحتفاظ بأى دين أو رأى أو فكر أو معتقد آخـــر؛ بـــل وتحـــريم البحث العلمى بزعم أنه يؤدى إلى الخروج على ما تسير عليه الكنيسة أو تعرفه أو تعترف به.

---

[1] تعليق للأستاذ الدكتور " محمد سليم العوا " : فى كتابنا (الحق فى التعبير) بينا أن هذا الحق فرع من فروع حرية الفكر والإبداع، وهو حق مقرر فى أصول الشريعة وفروعها تضبط ممارسته أحكام النظام العام فى المجتمع الإسلامى ويتحمل من يمارسه تبعة هذه الممارسة وفقا للقانون المطبق فى البلاد.

شريعتنا تضمن لجميع الطوائف الدينية أمنا وسلاما لا تجده فى البلاد المسيحية ذاتها:

وقد أدى بهم ذلك إلى إبادة المسلمين من الأندلس بعد أن عاشوا فيها وبنوا فيها حضارة رائعة مازال العالم يتحدث عنها. ومازالت بعض الدول المسيحية تسعى لإبادة المسلمين فى البلقان وغيرها حتى الآن.. وماجرى فى البوسنة وكوسوفو دليل على ذلك[1].

ميزة التشريع الإسلامى أنه قد عاشت فى ظله عشرات الطوائف من الأقليات من معتنقى الأديان السابقة طوال عصور تاريخنا فى جميع أقطار العالم الإسلامى حتى اليوم، وهم يتمتعون بحماية شريعتنا لحريتهم وأمنهم من كل عدوان، وخاصة عدوان السلطات السياسية التى تعمل باسم الدولة الإسلامية ذاتها[2] لأنهم فى ذمة الله ورسوله.

أكثر من ذلك فإن شريعتنا مكنت الطوائف المسيحية المتعددة من التعايش معا فى مجتمعاتنا. حتى إنه منذ طبقت الشريعة فى منطقتنا، نجد أنه يعيش فيها جميع الطوائف المسيحية جنبا إلى جنب. فى حين أنه فى البلاد المسيحية ذاتها كانت الطائفة التى لها الأغلبية تضطهد الطوائف المسيحية المخالفة لها، وقامت بين الطوائف المسيحية فى أوربا حروب أهلية سالت فيها دماء الآلاف، فى حين أنهم فى بلادنا يعيشون معنا فى أمن وسلام.

إن مفهوم الذمة هو ضمان الأمن والسلام لغير المسلمين. الذين يهاجمون هذا المصطلح لا يعرفون حقيقته، ولا يفرقون بين أحكام الشريعة وانحرافات الحكام وفساد من مارسوا السلطة بغير شورى حرة، وأنهم إذا كانوا قد مارسوا بغيا وظلما فإن نصيب الأغلبية المسلمة منه كان أكبر بكثير مما أصاب الأقليات غير الإسلامية.

---

(1) ما يجرى اليوم فى كوسوفو حيث يضيق الصرب بحوالى مليون مسلم ويمارسون ضدهم التطهير العرقى حتى بالضرب بالنابالم دليل آخر عليه .

(2) يرجى من القارئ أن يراجع ما ورد فى كتابنا "فقه الشورى والاستشارة" فى البند (49) من الإشارة إلى ما ذكره مؤلف مسيحى مصرى، وهو المستشار الدكتور / وليم سليمان قلادة، فى كتابه "المسيحية والإسلام على أرض مصر"، من تصدى أحد "شيوخ الأزهر وعلماء الإسلام" للخديوى "عباس" عندما أراد إبعاد جميع المسيحيين من مصر ونقلهم إلى السودان، ومنعه من ذلك؛ لأنهم فى حماية "ذمة الله ورسوله"، ومع ذلك نرى البعض يكره كلمة "الذمة" ويهاجمها؛ لأنهم لا يدركون مغزاها ولا المقصود منها.

والذمة فى صحيح الفقه عقد بين طرفين، وليست وضعا إلهيا لأهل دين الأقلية فى معاملتهم مع الإسلام والمسلمين. ولهذا التكليف الصحيح نتائج فقهية وسياسية مهمة ذكرها العوا فى بحثه (النظام الإسلامى ووضع غير المسلمين) ملحق بكتابه النظام السياسى دار الشروق ١٩٨٩م، فليراجع .

حماية معتقدات الأقليات لا تكون على حساب عقيدة الأغلبية :

لقــد أدى الطغيــان بــبعض الأنظمة إلى حرمان المسلمين أنفسهم من الحقوق الإنسانية، وطبيعى أن يكون لأفراد من الأقليات نصيب من الظلم الواقع على جميع المواطنين، لكن بعض القوى الأجنبية التى تريد التدخل فى شئوننا بحجة حماية الأقليات الديــنية تتجاهل طغيان بعض الحكام واضطهادهم لعامة المسلمين، بل تشجعهم على ذلــك وتفرضــه عليهم فى بعض الأحيان، وتستخدم أفرادا من الأقليات والأغلبية عمــلاء لها تعطيهم الحق فى أن يكونوا متمتعين وحدهم بما نسميه بالحقوق الإنسانية دون غيرهــم. بــل إن بعضهم يتولى تشجيع الحكام على اضطهاد الأغلبية المسلمة وحرمانها من حقوقها السياسية والوطنية، كما فى الجزائر مثلا، وتصرخ مطالبة بحقوق أقــليات غالبا ما تكون شاذة، وتساعدهم فى ذلك دول أجنبية، تتدخل لدى بعض الحكومــات لتعترف بهم دون غيرهم بحصانــات وامتيازات، وهى لا تفعــل ذلك مجانــا بــل إنها تطالب هذه الطوائف سواء كانوا من الأقلية أو الأغلبية أن يكونوا عملاء لها فيما تدبره ضد شعوبنا وأمتنا، ويخونوا أمتهم بل ودولهم ذاتها...

* * *

لاشــك فى أن الأغلــبية من حقها أن تتمتع بالضمانات لتأمين عقيدتها وحرياتها، وهى ضمانات لا يجوز أن تقل عما تقرره شريعتنا من حماية لعقائد الأقليات وحرياتهم.

لذلــك فــإن ما يسمى "حرية الفكر" أو حرية الإبداع لا يجوز أن يدعى بعض الأفــراد أنها تجيز لهم ترويج أفكار وأعمال تتعارض مع الحماية التى تتمتع بها العقائد الديــنية فى الأمة الإسلامية، سواء كانت عقيدة الأغلبية المسلمة أو عقائد الأقليات الــتى تعيــش فى دار الإسلام مستظلة بأحكام شريعته التى تضمن لهم حرية العقيدة والعبادة (بل وما يتصل بها من جواز شرب الخمر وأكل الخنزير والزواج الدينى وما شاكل ذلك مما أفاض فقهاؤنا فى تفصيله).

وقــد نتج عن سياسة بعض الكنائس فى العصور الوسطى فى أوربا رد فعل قوى لدى الجماهير وأهل الفكر الحر ضد سيطرتها على المجتمع، وتمثل ذلك فيما يسمونه "عــلمانية الدولــة" أو الدساتير اللادينية التى كانت فى الأصل وسيلة لحماية حرية المعــتقدات الديــنية المختــلفة والمتعددة من طغيان الكنيسة،لكن البعض يحول هذه اللا دينية إلى ديانة أو كنيسة جديدة لفرض الإلحاد الذى يعنى مقاومة العقائد الدينية

❁ الإلحاد أصبح له كنيسة تضطهد الأديان بدلا من كنائس العصور الوسطى :

جميعــا، فأصــبح الإلحاد واللادينية يحلان محل الكنائس فى اضطهاد المعتقدات الدينية ومطاردة دعاة الإسلام والتشهير بعقائده وشريعته، وتتخذهما بعض الحكومات العلمانية الأوربيــة مسوِّغا لمقاومة معتقدات الأقليات فى أوربا ذاتها. بل تستغلهما بعض الدول حاليــا أداة لاضطهاد المسلمين فى بلادها، بحجة أنهم لايلتزمون باللادينية التى يسمونها "علمانية" تعادى الأديان كلها.

إن الإلحاد واللادينية، ليسا دينا يتمتع بحماية شريعتنا، بل هما عدوان على العقائد الدينية كلها. هذا هو أساس الإجراءات التى يطالب بها المؤمنون لوضع حد للعدوان الإلحادى على عقائدنا إذا خرج الإلحاد عن نطاق المعتقد الفردى وتحول إلى مذهب لــلحكم والسياســة تفرضــه السلطات أو الأحزاب أو الجماعات المتحكمة فى بعض الدول،[1] وتستغلها بعض السلطات فى بلادنا لقمع الصحوة الإسلامية التى ظهرت بوادرها فى كثير من الشعوب، خصوصا الشعوب العربية التى تطالب بتطبيق الشريعة

---

[1] كان هذا هدفا معلنا فى دساتير النظم الشيوعية التى كانت تفرض ماتسميه الإلحاد العلمى على الشعوب الإسلامية الخاضعة لها. وبعد انهيار الشيوعية انتشر فلاسفتها وأعوانها الذين تخصصوا فى مهنة الصحافة و الإعلام وبرعوا فى خدمة دعايات النظم الاستبدادية فى بعض أقطارنا، وسارعت المراكز الصهيونية والإمبريالية الأمريكية إلى استخدامهم لتنفيذ خططها فى "نفخ" الرؤساء والأحزاب المصطنعة الموالية لها والسيطرة على الإعلام، الذى جعلته رأس الحربة فى الهجوم على الإسلام وشريعته وثقافته وتاريخه من أجل اقتلاعه من المجتمع.

ونقدم للقارئ نموذجا عارضا فى خبر نشرته مجلة أسبوعية فى أحد الأقطار العربية جاء فيه ما يلى: "التقت إحدى المذيعات مع مصرى نال جائزة فى مهرجان الأغنية، وسألته: لماذا توقفت عن الغناء سبع سنوات مع أنك كنت من أشهر المغنين فى الأغنيات الغربية؟ فقال المطرب: لأننى فى تلك الفترة كنت أجلس مع نفسى وأقرأ القرآن والسنة، وأعمل مراجعة لنفسى: هل أنا أنسجم مع القرآن. والسنة أم لا ؟! فصرخت المذيعة وأوقفت التسجيل وقالت: "ستوب". فاندهش المطرب لوقف التصوير، فقالت له المذيعة: إن التعليمات تمنع كل تسجيل يذكر فيه الإسلام أو القرآن أو السنة، فلا بد أن تعيد الكلام بمعان أخرى". ولم تذكر المجلة التى نشرت الخبر أى شىء عن الجهة التى ادعت المذيعة المذكورة أنها أعطتها تعليمات بعدم تسجيل أى شىء فيه ذكر للإسلام أو القرآن. والراجح عندى أنها ليست جهة رسمية مسئولة، بل أحد المراكز الفنية أو الإعلامية التى لها علاقات مع الصهيونية والإمبريالية (تراجع جريدة الشعب بتاريخ 1996/10/8م).

❁ المطالبة بتطبيق الشريعة هي مطالبة بحرية العقيدة والفكر، ومقاومة سيطرة دعاة الالحاد الذين يهاجمون عقيدة الإسلام وشريعته :

الإســـلامية. وهـــذه السلطات تستغل أعوانا لها يبشرون بالإلحاد والعلمانية،كأنهما عقيدة جديدة يقاومون بها الإيمان والإسلام.

إن دعـــاة الإلحاد لا يجوز لهم فى نظرنا استغلال ما قرره الإسلام من حرية الفكر وسيلة للعدوان على العقائد الدينية أو تهديد حرمة الاعتقاد الدينى.

هـــذا هو الوضع الصحيح لما تطالب به الجماهير من توقيع عقوبات حازمة على دعاة الإلحاد الذين لا يكفيهم أن يضمن لهم الإسلام عدم التعرض لهم فى معتقداتهم، بل يجعلون هدفهم مهاجمة عقائد الإسلام وشريعته.

ويزيد فى حماسة الجماهير لمقاومة هذه الدعوات الإلحادية الهدامة، ما تراه الجماهير فى وســـائل الإعـــلام من تشجيع بعض مراكز السلطة لدعاة الهجوم على الإسلام، وتـــرويجها لأفكارهم ودفاعها عنهم، ولذلك أصبحت مقاومة الردة والعقاب عليها مطلبا سياسيا، تَعُدُّه الجماهير من أساليب مقاومة بعض العناصر التى تفرض الأفكار الإلحاديـــة حتى فى مؤسسات التعليم والإعلام، بحجة مقاومة الحركات المتطرفة، التى يدّعى بعضهم خطأ أنها تشمل فى نظرهم كل الاتجاهات الإسلامية، ويعملون من أجل ذلـــك لتشـــويه صورة الإسلام وشريعته بواسطة أجهزة الإعلام، والفساد فى برامج الإذاعـــة والتـــلفزيون. بل وصل الأمر إلى تغيير مناهج التعليم لقطع صلتها بالثقافة الإســـلامية والـــتاريخ الإسلامى إرضاء للصهيونية التى تطالب باستبعاد بعض آيات القـــرآن الكريم التى تنتقد مؤامرات أهل الكتاب. وقد عبر عن ذلك الأستاذ صلاح حافظ فى كتاب له بعنوان[1] "المصير العربى فى ظل الهيمنة الإسرائيلية. تهافت السلام" بقولـــه: "تركز إسرائيل منذ بداية عملية السلام فى كامب ديفيد مع مصر على تغيير المفاهـــيم وتـــلح عـــلى تعديـــل الأفكار والنص فى المعاهدات المتتالية على بند"نبذ الكـــراهية"،وتحـــت هذا البند تعددت المطالب الإسرائيلية لتعديل المناهج التعليمية والـــتربوية فى الدول العربية، ومن ثم تحديد اتجاه العمل الإعلامى والثقافى فى بلادنا حتى وصل الأمر إلى المطالبة بحذف بعض الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة

---

[1] نشرته دار الشروق 1998م (ص 60).

بعض المسئولين عندنا يتباهون بمقاومة الفكر الإسلامي ليتقربوا إلى القوى الأجنبية "والصهيونية" التي تعلن عداءها للإسلام وشريعته :

بحجة أنها تتحدث عن بنى إسرائيل بروح عدائية فى نظر إسرائيل[1] .

وقـــد شكل ذلك حرجا شديدا للنظم العربية الداخلة فى التفاوض والتصالح مع إســـرائيل، وبعضها تردد، لكن بعضها بدأ سياسة تسميها التنظيف والتطهير – على مهل أو استحياء وسرية ... والغريب أن أحدا لم يطالب إسرائيل لكى تغير مناهجها وثقافتها وتعاليمها الدينية المليئة بكراهة العرب والتحريض على قتلهم ووصفهم بأنهم حثالة البشر وأن اليهود وحدهم هم شعب الله المختار ... ".

ويفســـر المســـئولون فى إسرائيل ذلك بأن من حقهم استبعاد الكتب الإسلامية التى تتضمن الآيات التى لا تعجبهم كما يطالبون بإلغاء بعض برامج التليفزيون والإذاعة بحجة أنهـــا تثير الكراهية ضد اليهود، بل وتطالب بعزل بعض الوزراء والأساتذة والعلماء وتلح على بقاء من ينفذون خططها حتى أصبح بعض الوزراء والمثقفين وخاصة من الصحافيين والفنانين يتباهون بمقاومة الدعوة الإسلامية والفكر الإسلامى لأن ذلك فى نظرهم يضمن لهم البقاء فى مناصبهم، ووصل الأمر ببعض المسئولين إلى التباهى بإبعاد المتدينين من تولى مسئوليات ثقافية فى مجال الإعلام أو التعليم[2] واستبعاد كل من له فكر أو اتجاه إسلامى مـــن العمـــل فى مجال التعليم و الإعلام أو الجيش أو الشرطة وتحويلهم إلى مواطنين من الدرجة الثانية ووصفهم بأنهم طائفة مضطهدة منبوذة.

---

(1) الحق أن القرآن لا يعادى اليهود ولا غيرهم من الشعوب بل إنه مدح أهل الكتاب عموما، وخص بنى إسرائيل بأن الله آتاهم ما لم يؤت أحدا من العالمين، ومع ذلك حذرنا من عيوبهم الناتجه عن غرورهم واستعلائهم العنصرى على غيرهم ووصفهم غيرهم من الشعوب بأنهم أميون وادعائهم بأنهم وحدهم هم شعب الله المختار وتحريفهم للتوراة لتبرير مطامعهم، والآن يريدون من بعض المسئولين لدينا أن يحرفوا القرآن ويتجاهلوا ما ورد فيه من تحذير من أساليب البغى العنصرى مع أننا الآن فى أشد حاجة لذلك لمقاومة سياستهم العدوانية وتآمرهم علينا بالتواطؤ مع الإمبرياليات الأجنبية .

(2) نشرت إحدى الجرائد اليومية (الأخبار فى 1997/10/27 ص 3) تصريحات لوزير فى أحد أقطارنا تحت عنوان ضخم يتباهى فيه : "أنا لم أستح أن أقول إننى أستبعد من العملية التعليمية ألفا وستمائة مدرس (1600)" (من ذوى الثقافة الإسلامية) لكى يضع بدلا منهم ذوى الاتجاهات المشبوهة الذين لا يعلمون أطفالنا الآيات والأحاديث التى تثير اعتراضات إسرائيل والتى أشار لها الأستاذ صلاح حافظ. أى أن إرضاء إسرائيل لا يكفى فيه تغيير المناهج بل تغيير القائمين بالتعليم فى المدارس أو رؤسائهم فى الوزارة والوزراء أيضا.

(عوده) ٦٢- حرية القول ... أباحت الشريعة حرية القول، وجعلتها حقا لكل إنسان، بل جعلت القول واجبا على الإنسان في كل ما يمس الأخلاق والمصالح العامة والنظام العام وفي كل ما تعتبره الشريعة منكرا؛ وذلك قوله ﷻ:﴿ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر﴾ -١٣- [آل عمران: ١٠٤]، وقوله ﷻ: ﴿الذين إن مكناهم في الأرض أقاموا الصلاة وآتوُا الزكاة وأمروا بالمعروف ونهوا عن المنكر﴾[الحج:٤١]. وذلك قول الرسول ﷺ : "من رأى منكم منكرا فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان"، وقوله ﷺ : "أفضل الجهاد كلمة حق عند سلطان جائر" وقوله ﷺ : "الدين النصيحة. قالوا لمن يا رسول الله؟ قال: لله ولرسوله ولكتابه ولأئمة المسلمين وعامتهم" وقوله ﷺ : "سيد الشهداء حمزة بن عبد المطلب ورجل قام إلى إمام جائر فأمره ونهاه فقتله" ...

وإذا كان لكل إنسان أن يقول ما يعتقد أنه الحق ويدافع بلسانه وقلمه عن عقيدته، فإن حرية القول ليست مطلقة، بل هي مقيدة بأن لا يكون ما يكتب أو يقال خارجا عن حدود الآداب العامة والأخلاق الفاضلة أو مخالفا لنصوص الشريعة ...

وقد قررت الشريعة "حرية القول" من يوم نزولها، وقيدت في الوقت نفسه هذه الحرية بالقيود التي تمنع من العدوان وإساءة الاستعمال. وكان أول من قيدت حريته في القول محمد ﷺ وهو رسول الله الذي جاء معلنا للحرية، مبشرا بها وداعيا إليها ليكون قوله وعمله مثلا يحتذى، وليعلم الناس أنه لا يمكن أن يعفى أحد من هذه القيود إذ كان رسول الله أول من قُيد بها مع ما وصفه به ربه من قوله ﷻ : ﴿وإنك لعلى خلق عظيم﴾ [القلم :٤] ...

(الصدر) ... تعليق "رقم -١٣-" المستفاد من الآية المباركة وجوب اجتماع جماعة من المسلمين يكون عملها الدعوة إلى الخير والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ...

(الشاوى) ... رأينا في تعليق "رقم -١٣-" يسرنا أن نضيف إلى ذلك أن الشيخ "محمد عبده" اقترح أن تقوم الأمة باختيار هذه الجماعة "بالشورى الحرة"، وعد هذا هو أساس النظام النيابي في شريعتنا؛ لأن المجلس النيابي تختاره الأمة ليقوم بواجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر الذي يشمل أولا محاسبة الحكام وغيرهم والرقابة على أعمالهم ومساءلتهم ...

ونضيف إلى قول السيد "الصدر" عن وجوب اجتماع جماعة من المسلمين للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أن قيام أي جماعة بهذا الواجب لا يترتب عليه سقوط هذا الواجب عن غيرهم من الأفراد والجماعات، لأنه واجب الأمة كلها بجميع أفرادها وجماعاتها . كل ما هنالك أنه إذا قام فرد أو جماعة بهذا الواجب في موضوع معين فإن الواجب يسقط عن الآخرين باعتباره من واجبات الكفاية ...

﴿عوده﴾ ولقد أمر الله رسوله ﷺ أن يبلغ رسالته للناس وأن يدعو الناس جميعا إلى الإيمان بالله وبالرسالة، وأن يحاج الكفار والمكذبين ويخاطب عقولهم وقلوبهم. ولكن الله جل شأنه لم يترك لرسوله حرية القول على إطلاقها، فرسم له طريق الدعوة، وبين له منهاج القول والحجـــاج، وأوجب عليه أن يعتمد في دعوته على الحكمة والموعظة الحسنة، وأن يجادل بالتي هى أحسن، وأن يعرض عن الجاهلين وألا يجهر بالسوء من القول، وألا يسب الذين يدعـــون مـــن دون الله. فرسم الله لرسوله حدود حرية القول، وبين لنا أن الحرية ليست مطلقة إنما هى حرية مقيدة بعدم العدوان وعدم إساءة الاستعمال ...

وحـــرية القـــول في الحـــدود التي وضعتها الشريعة تعود دون شك على الأفراد والأمم بالنفع والتقدم، وتؤدي إلى نمو الإخاء والحب والاحترام بين الأفراد والهيئات، وتجمـــع كلمة أولى الأمرعلى الحق دون غيره، وتجعلهم في حالة تعاون دائم، وتقضي عـــلى النعرات الشخصية والطائفية، وهذا كله ينقص العالم اليوم أو يبحث عنه العالم فلا يهتدي إليه ...

ونستطيع أن نبين مدى صلاحية نظرية الشريعة إذا علمنا أن المشرعين الوضعيين بعد تجاربهم الطويلة ينقسمون اليوم إلى قسمين :

قسم يرى ... حرية القول دون قيد إلا فيما يمس النظام العام، وهؤلاء لا يعيرون الأخلاق أي اهتمام، وتطبيق رأيهم يؤدي دائما إلى "التباغض" و"التنابذ" والتحزب، ثم "القلاقل" و"الثورات"، و"عدم الاستقرار" ...

وقســـم يـــرى ... تقييـــد حرية الرأي في كل ما يخالف رأي الحاكمين ونظرتهم للحياة، وتطبيق رأي هؤلاء يؤدي إلى كبت الآراء الحرة وإبعاد العناصر الصالحة عن "الحكم"، ويؤدي في النهاية إلى الاستبداد ثم "القلاقل" و"الثورات" ...

ونظـــرية الشـــريعة الإسلامية تجمع بين هاتين النظريتين اللتين تأخذ بهما دول العالم ذلك أن نظرية الشريعة تجمع بين الحرية والتقييد، وهى لا تسلم بالحرية على إطلاقها، ولا بالتقييد على إطلاقه. فالقاعدة الأساسية في الشريعة هى "حرية القول" والقيود على هذه الحرية ليست إلا فيما يمس الأخلاق أو الآداب أو النظام. -١٤- والواقع أن هذه

[الصدر] ... تعليق "رقم -١٤-" والشريعة الإسلامية حينما تنبه المسلم إلى الآثار السيئة المترتبة على الكلام المنافي للأخلاق والآداب فإنه سيتركها باختياره وبمحض إرادته، ولا يكون مكرها على ذلك ولا مجبرا فيمتثل المسلم لذلك كما يمتثل لبقية الأحكام الإسلامية مختارا ...

﴿عوده﴾ القيـــود قُصـــد منها حماية الأخلاق والآداب والنظام، ولكن هذه الحماية لا تتيســـر إلا بتقييد حرية القول فإذا منع القائل من الخوض فيما يمس هذه الأشياء فقد منع من الاعتداء ولم يحرم من أي حق لأن الاعتداء لا يمكن أن يكون حقا ...

ويمكنـــنا بعد ذلك أن نقول إن الشريعة الإسلامية تبيح لكل إنسان أن يقول ما يشـــاء دون عدوان؛ فلا يكون شتاما، ولا عيابا، ولا قاذفا، ولا كاذبا وأن يدعو إلى رأيـــه بالحكمة والموعظة الحسنة، وأن يجادل بالتي هى أحسن، وألا يجهر بالسوء من القـــول ولا يبدأ به، وأن يعرض عن الجاهلين. ولا جدال في أن من يفعل هذا يحمل الـــناس على أن يسمعوا قوله ويقدروا رأيه، فضلا عن بقاء علاقاته بغيره سليمة، ثم بقاء الجماعة يدا واحدة تعمل للمصلحة العامة ...

وقـــد أشـــرنا في مواضع متعددة إلى أن الالتزام الفردي بالأحكام التكليفية هو أســـاس قولـــنا بأن الجزاء "الدنيوي" الجنائي مكمل ثانوي، أما الأصل فهو الحساب والجزاء "الإلهى" في الآخرة ...

والنصوص القرآنية الآتية تعتبر دستور القول في الشريعة، وهى قوله ﷻ : ﴿ادع إلى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هى أحسن﴾ [النحل:١٢٥]، وقوله ﷻ : ﴿ خذ العفو وأمر بالعُرف وأعرض عن الجاهلين ﴾ [الأعراف: ١٩٩]، وقوله ﷻ : ﴿وإذا خاطبهم الجاهلون قالوا سلاما﴾ [الفرقان : ٦٣]، وقوله ﷻ : ﴿ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدوا بغير علم﴾ [الأنعام: ١٠٨]، وقوله ﷻ : ﴿لا يحب الله الجهر بالسوء من القول إلا من ظُلم﴾ [النساء : ١٤٨]، وقوله ﷻ : ﴿ ولا تجادلوا أهل الكتاب إلا بالتي هى أحسن إلا الذين ظلموا منهم ﴾ [العنكبوت:٤٦].

هـــذه هـــى نظرية "الحرية" بشعابها الثلاث جاءت بها الشريعة الإسلامية في وقت كان الناس فيه لا يفكرون بعقولهم، ولا يحفلون إلا بما وجدوا عليه آباءهم، وكان من الطبيعي في نظرهم أن يكره الرجل على تغيير عقيدته، ولم يكن لأحد حرية القول أو

[الشاوى] ... رأينا في "تعليق رقم –١٤–" هذا التعليق يشير إلى المبدإ الأساسي الذي أشرنا إليه مـــرارا وهو أن أحكام الشريعة يخاطب بها كل فرد لكي يلتزم بها طائعا مختارا بمقتضى اعتقاده بأن أحكامها أوامر إلهية وأن الله ﷻ سيحاسبه عليها ...

﴿عوده﴾ الـتفكير إلا أصحاب السلطان والأقوياء. وقد لقي المسلمون الأوائل عنتا شديدا في نشر الدعوة وبث العقيدة الإسلامية فعذبوا لتغيير عقيدهم، وأكرهوا على ذلك بشتى الوسائل، وكان الكفار والمكذبون يترصدون لهم، فلا يحاولون القول إلا منعوهم منه، ولا التعبد إلا آذوهم به ...

وظاهر مما سبق أن الشريعة حين جاءت بنظرية الحرية لم تكن تجاري تطور الجماعة أو تـلبي رغـباهم؛ لأن العالم كله في ذلك الوقت لم يكن مهيأ لنظرية الحرية، وإنما قـررت الشريعة هذه النظرية لترفع بها مستوى الجماعة وتدفعهم نحو التقدم والرقي، وتسـمو بهم عن الموطن الذي نزلت بهم فيه همجيتهم، وأرضاهم به جهلهم، كذلك كان تقرير النظرية لازما لتكميل الشريعة بما تستلزمه الشريعة الكاملة الدائمة ...

وقد جاءت النصوص المقررة للحرية، والمبينة لحدودها نصوصا عامة مرنة، بحيث لا يمكـن أن تحـتاج إلى تعديل أو تبديل، و هذا يتفق مع الأساس الذي قامت عليه الشـريعة، وهو عدم قابليتها للتعديل والتبديل. ولاشك في أن النصوص من العموم والمـرونة بحيـث لا يمكن أن تضيق بأي حالة مهما تغيرت الظروف والأمكنة وطال الزمن ...

ولقـد سـبقت الشريعة الإسلامية القوانين الوضعية في تقرير نظرية الحرية بأحد عشر قرنا على الأقل؛ لأن القوانين الوضعية لم تبدأ بتقرير هذه النظرية إلا في أواخر القرن الثامن عشر، وأوائل القرن التاسع عشر، أما قبل ذلك فلم تكن هذه القوانين تعـترف بالحرية بل كانت أقصى العقوبات تخصص للمفكرين ودعاة الإصلاح، ولمن ينـتقد عقيـدة تخالف العقيدة التي يعتنقها أولو الأمر. هذا هو الواقع وهذه حقائق الـتاريخ. فمن شاء بعد ذلك أن يعرف كيف نشأت الأكذوبة الكبرى التي تقول إن الأوربيين هم أول من دعا للحرية، فليعلم أنها نشأت من الجهل بالشريعة الإسلامية، وقد يعذر الأوربيون في هذا الجهل، أما نحن فلم نجد لأنفسنا عذرا ...

26 – حرية القول وآداب الاختلاف والحوار والدعوة بالحكمة :

إن حرية القول متممة لحرية الفكر، وحرية الاعتقاد، وقد فتح لنا فقيهنا الباب لبناء نظرية نحن فى أشد الحاجة إليها فى عصرنا الحاضر وفى المستقبل بسبب تطور وسائل الإعلام وتجاوزها لحدود الدول والقارات، الأمر الذى يوجب علينا أن نرسم الحدود التى لا يجوز لها أن تتعداها بصورة تهدد الأصول التى يقوم عليها نظام المجتمع ومعتقداته ومبادئه وأصوله الثابتة.

إن ميزة فقهنا أنه لا يكتفى بتقرير المبدإ، بل يرسم له حدوده التى تضمن عدم تعارضه مع المبادئ الأخرى، ولا يقرر حقا إلا ويضع الضمانات لكيلا يؤدى سوء استعماله إلى تهديده لحقوق باقى أفراد المجتمع، بل وحقوق المجتمع ذاته ؛ لأن نظام المجتمع وأصوله تستحق من شريعتنا حماية لا تقل عن حمايتها لحريات الأفراد وحقوقهم، لأنها "كما قدمنا من قبل" شريعة اجتماعية تعنى بنظام المجتمع وأمنه وحقوقه، كما تعنى بحماية حريات الأفراد وحقوقهم. وسوف يظهر حرصها على التوازن الدقيق بين حقوق الفرد وحقوق الجماعة عندما نستعرض نظرية "الشورى".

وقد أبدع "فقيهنا" فى بيان التوجيهات التى فرضها القرآن عند ممارسة حرية الجدال والحوار أو القول، وأورد أدلتها من آيات القرآن الكريم التى تخاطب الرسول الأمين ذاته، وتفرض عليه وجوب الدعوة بالحكمة والموعظة الحسنة والجدال بالتى هى أحسن، وعدم الجهر بالسوء من القول، وعدم سب المشركين الذين يعارضون دعوته، والإعراض عن الجاهلين وعدم التورط فى الحوار معهم .

إن هذه الأحكام قد أعلنها القرآن لتكون ملزمة للرسول، ومن باب أولى لكل من يقوم بالدعوة الإسلامية أو يلتزم بشريعتنا بعد الرسول الأمين والاقتداء به.

وتمتاز شريعتنا بأنها تفتح لفقهنا طريق التعدد. حتى إنه يتسع لاختلاف آراء الأئمة والمذاهب و الآراء داخل كل مذهب وأصبح من المقرر أن الخلاف بين العلماء يثرى الشريعة لكنه يخضع لحدود يرسمها فقهنا فيما يسمى بأدب الخلاف[1] .

---

(1) يراجع فى ذلك كتيب الدكتور صالح بن عبد الله بن حميد إمام الحرم المكى، وكتاب صديقنا الدكتور طه جابر رئيس المعهد العالمى للفكر الإسلامى .

(عوده) ٢٧ـ *نظـرية الشـورى*.. جاءت الشريعة الإسلامية مقررة لمبدإ الشورى-١٥- في قوله ﷻ : ﴿وأمرهم شورى بينهم﴾ [الشورى:٣٨]. وفي قولهﷻ : ﴿وشاورهم في الأمـــر﴾ [آل عمـــران:١٥٩]. ولم يكن تقرير النظرية نتيجة لحال الجماعة، فقد كان العرب في أدنى دركات الجهل وفي غاية التأخر والانحطاط، وإنما قررت الشريعة النظرية لأنهـــا قـــبل كل شيء من مستلزمات الشريعة الكاملة الدائمة المستعصية على التبديل والـــتعديل، ولأن تقريـــر الـــنظرية يؤدي بذاته إلى رفع مستوى الجماعة وحملهم على الـــتفكير في المســـائل العامـــة والاهـــتمام بها، والنظر إلى مستقبل الأمة نظرة جدية، والاشـــتراك في الحكـــم بطريق غير مباشر والسيطرة على الحكام -١٦- ومراقبتهم . فالنظرية إذن مقررة لتكميل الشريعة ولتوجيه الجماعة ورفع مستواها ...

وظاهر من صيغة النصين -١٧- المقررين لمبدإ الشورى أنهما عامان مرنان إلى آخر حـــدود العموم والمرونة، بحيث لا يمكن أن يحتاج الأمر إلى تعديلهما أو تبديلهما في المســـتقبل. وفي هـــذا بيان لما قلناه من أن الشريعة تتميز بصفة الدوام وأنها لا تقبل التبديل والتعديل ...

(الصدر) تعـــليق ... "رقم -١٥-" فرق واضح بين معنى الآيتين المباركتين . أما الآية الأولى فمعناها كمـــا مـــر علينا قريبا أن ما أوكله الله للأمة من شؤون ليس لشخص خاص أو لجماعة خاصة أن تخـــتص بـــه بل هو حق للأمة جميعا، وأما ما كان من أعماله سبحانه كإرسال الأنبياء وتعيين الأئمة فـــليس من أمور الأمة ليكون شورى بينهم . وأما الآية الثانية فهي لا تدل على إلزام النبي ﷺ اتباع رأي الصحابة عند استشارتهم بقرينة قوله ﷻ : ﴿ فإذا عزمت فتوكل على الله ﴾ .

(الصدر) ... تعليق ... "رقم -١٦-" غير النبي ﷺ والأئمة المعصومين "ع" الذين عينهم الله ﷻ ولم يوكل أمر نصبهم إلى الأمة ...

(الصدر) ... تعليق "رقم-١٧-" مر علينا آنفا أن النص الأول هو الذي يقرر مبدأ الشورى دون الثاني..

(الشاوي) ... رأيـــنا في الفقرة الأخيرة في تعليق السيد الصدر رقم -١٥- ورقم -١٧- لا نوافق على تفسيره للآية رقم (١٥٩) في سورة آل عمران، والادعاء بأنها لا تدل على إلزام النبي ﷺ باتباع رأي (غالبية) الصحابة عند استشارتهم بقرينة قوله ﷻ: ﴿فإذا عزمت فتوكل على الله﴾ ونحن نأسف لأن كثيرا من الباحثين المحدثين من أهل السنة مازال يردد هذا القول، وردنا عليه أن الوجوب أكدته السنة العملية في غزوة أحد ...

وفضلا عن ذلك، فإذا أخذنا بهذا التفسير فقد كان يجب اعتباره من خصائص النبوة، التي كثيرا ما يشير إليها السيد الصدر كما فعل في التعليقين رقمي (-١٦- و- ١٨-)، وحبذا لو بـــين أن ذلـــك لا يجـــوز أن يتخذه الولاة والسلاطين والخلفاء ولا الأئمة حجة للتهرب من التزامهم بقرار الأغلبية؛ لأنه من خصائص النبوة ...

عوده ولهذه الاعتبارات اكتفت "الشريعة" بتقرير "الشورى" كمبدإ عام، وتركت "لأوليـــاء الأمور" في الجماعة أن يضعوا معظم "القواعد" اللازمة لتنفيذه ؛ لأن هذه القواعد-١٨- تختلف تبعا لاختلاف الأمكنة والجماعات والأوقات. فلأولياء الأمور مـــثلا أن يعرفوا رأي الشعب عن طريق رؤساء الأسر والعشائر، أو عن طريق ممثلي الطوائف، أو بأخذ رأي الأفراد الذين تتوافر فيهم صفات معينة إما بطريق التصويت المباشر، وإما بطريق التصويت غير المباشر. ولأولياء الأمور أن يسلكوا أي سبيل آخر يرون أنه أفضل من غيره في تعرف رأي الجماعة بشرط ألا يكون في ذلك كله "ضرر ولا ضرار" بصالح الأفراد أو الجماعة أو النظام العام ...

أما القواعد الأساسية الخاصة بتطبيق مبدإ الشورى وتنفيذه وهي قليلة فقد بينت الشـــريعة أحكامهـــا ولم تـــتركها لأولياء الأمور. وهذه القواعد حكمها حكم مبدإ الشورى لا تقبل التعديل ولا التبديل لأنها قواعد جاءت بها نصوص خاصة، والقاعدة أن ما نص عليه لا يعدل ولا يبدل ...

ومـــن هذه القواعد الأساسية التي توجب الشريعة اتباعها في تطبيق مبدإ الشورى وتنفيذه، أن تكون الأقلية التي لم يؤخذ برأيها أول من يسارع إلى تنفيذ رأي الأغلبية،

الصدر ... تعليق "رقم -١٨-" في غير ظرف وجود النبي والإمام المعصوم ...

الشاوي ... رأيـــنا في تعليق "رقم -١٦- و -١٨-" لو سلمنا جدلا بمبدإ عصمة الأئمة من آل الـــبيت فإنها لا تسري بعد انتهاء عهد الأئمة الاثنى عشر ... ولا يتمتع به من ينوبون عنهم من الفقهـــاء في فترة الغيبة التي بدأت باختفاء الإمام الثاني عشر ومازالت سارية حتى الآن . وبذلك يكـــون هناك الآن اتفاق بين الفقه الشيعي والسنة فيما يتعلق بمبدإ الشورى كأساس للولاية منذ ذلك التاريخ، أي منذ الغيبة. وقد أكدنا ذلك في تعليقنا على ما كتبه "الإمام الخميني" في دروسه الفقهية ونظريته في "ولاية الفقيه" ...نرجو من القارئ أن يراجع الصفحات(٣٠٥) وما بعدها في كتابـــنا "فقـــه الحكومة الإسلامية بين السنة والشيعة". وقد قلنا فيه إن الإمام الخميني بدعوته إلى ولايـــة الفقيـــه الـــذي يحظى بتأييد الأغلبية الشيعية قد طبق مبدأ الشورى والبيعة الحرة الذي يتمسك به جمهور فقهاء السنة. وأدى بذلك للفكر الإسلامي أكبر خدمة بوضعه الحجر الأساسي لوحـــدة الفكـــر الإســـلامي في أصول الحكومة الإسلامية وقواعدها، وأزال الهوة السحيقة التي فرقت بين السنة والشيعة ...

﴿عوده﴾ وأن تـنفذه بإخلاص-١٩- باعتباره الرأي الواجب الاتباع، وأن تدافع عنه كما تدافع عنه الأغلبية. وليس للأقلية أن تناقش رأيا-٢٠- اجتاز دور المناقشة، أو تشكك في رأي وضع موضع التنفيذ. وتلك هي سنة الرسول التي سنها للناس والتي يجب

[الصدر] ... تعـليق "رقم -١٩-" إذا كان رأي الأغلبية غير مناف للشريعة الإسلامية وإلا فلا يجب تنفيذه إذ لا طاعة لمخلوق مع عصيان الخالق ...

[الصدر] ... تعليق "رقم -٢٠-" بالشرط السابق ...

[الشاوي] ... رأيـنا في التعـليقين "-١٩-و-٢٠-" ... المبدأ الذي أكده فقيهنا (في البند ٤٧)- وهـو التزام الأقلية دائما بتنفيذ رأي الأغلبية بإخلاص- هو مبدأ أساسي لا يمكن أن يستقيم أمر المجـتمع بدونه، ولذلك لا نوافق على ما أضافه السيد "الصدر" (في تعليقيه رقمي-١٩-و-٢٠-) من اشتراط أن يكون رأي الأغلبية غير مناف للشريعة؛ لأن تطبيق هذا الشرط هو من اختصاص الأغلـبية ومـن صـلاحيتها أيضا. فإذا قررت أمرا فبديهي أن ذلك يعني بأنها ترى أنه مطابق للشـريعة في نظرها، فلا يجوز للأقلية التنكر له ولا أن تعطي لنفسها حق التعقيب على ما قررته الأغلـبية زاعمة أن رأي الأغلبية خاطئ، وأن رأيها هو الصواب؛ لأن معنى هذا التهرب من مبدإ الـتزام الأقـلية برأي الأغلبية و يفتح الباب لأي فرد للخروج على ما قررته الجماعة زاعما أنه مخالف للشريعة وأنه وحده الذي يعرف الشريعة دون غيره ...

إن مـا لا يجوز للأقلية لا يصح قبوله من الفرد، وإلا كان معنى ذلك أن كل فرد في المجتمع (أو مجموعة تمثل الأقلية) يستطيع دائما الخروج على قرارات الشورى الملزمة محتجا بأنها مخالفة للشـريعة في نظـره هو، لا في نظر الجمهور (أي الأغلبية)، هذه الحجة غير مقبولة لأن معنى الشـورى أن قرار الجمهور هو الحد الفاصل بين الصواب والخطإ، وليس للأقلية ولا للفرد أن يـتهرب منـه زاعما أن رأيها خطأ وأن رأيه هو الصواب، أو أن ما تقول الأغلبية إنه موافق للشـريعة يدعي أي فرد أو أقلية أنها ترى أنه مخالف للشريعة وتتهرب من الالتزام به بحجة ألا طاعة لمخلوق في معصية الخالق كما قال السيد "الصدر" في تعليقيه رقمي (-١٩- و-٢٠-).

لكـنه يستثنى من ذلك أن تعلن الأغلبية عدم التزامها بالشريعة أو عدم تقيدها بنصوص الكتاب والسـنة صـراحة، عند ذلك يحق للفرد أو لطائفة من المؤمنين أن يمارسوا حقهم في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وأي منكر أشد من التبرؤ من تطبيق الشريعة أو الالتزام بالكتاب والسنة ...

و مـا ورد في هذين التعليقين وقبلهما في التعليقين رقمي - ١٦-و-١٧-" يؤكد ما نقوله فـيما بعد من أن التزام الأقلية برأي الأغلبية ناتج عما نقول به من أن قرار الأغلبية بالشورى يعد إجماعا نسبيا أو إجماع الجمهور كما قال أسلافنا، وتراجع كذلك التعليقات أرقام -٣٠- إلى رقم -٤٠- فيما بعد.

عوده عـــلى الناس اتباعها طبقا لقوله ﷺ-٢١- : ﴿وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا﴾... [الحشر: ٧].

الصدر ... تعـــليق "رقـــم -٢١-" الآيـــة المباركة تأمر بإطاعة أوامر الرسول ﷺ لا إطاعة أوامر الأغلبية.

الشاوي ... رأينا في تعليق "رقم -٢١-" لا نوافق على ما قاله السيد "الصدر"؛ لأنه يفترض أن رأي الأغلـــبية مخالف لأوامر الرسول ﷺ وسنته، وهذا يعطي لكل فرد في المجتمع أن يسير على هـــواه ولا يلتزم برأي الأغلبية زاعما أنه يطيع الرسول فقط ولا يطيع رأي الأغلبية، ومعنى هذا خـــروجه عـــن الجماعة، وهذا يهدم نظامها ويتعارض مع تضامن جميع أفرادها. إن هذا التضامن الاجـــتماعي يوجب التزام كل فرد بما تراه "الجماعة" أو أغلبيتها أو ما تقرره، ولا يجعل رأيه أو رأي "الأقـــلية" الـــتي ينتســـب لها فوق رأي "الأغلبية" بمجرد أن يزعم أن رأيها غير ما أمر به "الرسول الكريم" ﷺ ...

إن إلزام الأقلية برأي الأغلبية أو قرارها في نظرنا يعالج فكرة "التقية" عند الشيعة التي يغالي بعضهم في مضمونها ويغالي غيرهم في نقدها ...

يغلو بعض كتاب الشيعة فيصورونها بأنها "مداراة كل سلطة يعتبرونها باغية"، وبعضهم يغالون ويعتبرونها كذلك إذا تولاها أحد غير الأئمة الاثنى عشر من آل البيت أو من ينوب عنهم؛ لأنها لا تمثل الولاية الصحيحة "حسب نظريتهم في اختصاص الأئمة الاثنى عشر من آل البيت بالولاية بناء على وصية أو وراثة" وأن كل من تولى الأمر غيرهم يكون باغيا، ولو كانت ولايته بالشورى الشرعية ...

وردنا على ذلك أن الباغين هم فقط من يفرضون أنفسهم بالقوة والغصب، لا المعينون للولاية بقرارات الشورى الحرة الملزمة ...

ويغالي خصوم "الشيعة" في نقد "التقية" ظنا منهم أن المقصود بها إباحة المداراة لهم دون غيرهم بحجة أنهم على حق، وغيرهم على باطل ...

ويظن البعض بأن إصرار بعض كتاب الشيعة على إنكار وجوب الالتزام برأي الأغلبية ناتج عن شعورهم بأن الأغلبية في الأمة هي لأهل السنة، ولا يريدون أن يلزموا أنفسهم بما يقرره أهل السنة والجماعة، لكن من يعارضون هذا المبدأ "مبدأ الالتزام بقرارات الشورى" من كتاب السنة أكثر بكل أسف ...

ونأمل أن يصل "الطرفان" إلى وضع حد "للغلو" الذي يفهم من كتابات بعض الباحثين من الطرفين والذي يستفيد منه السلاطين وحكام الجور والبغاة المستبدون ...

﴿عوده﴾ ولقد سن الرسول ﷺ هذه السنة وعمل بها في حياته -٢٢- واتبعها أصحابه بعد وفاته. عمل الرسول بهذه السنة لما علم باستعداد قريش لغزوة أحد، وأنهم أقبلوا إلى المدينة ونزلوا قريبا من جبل أحد فجمع ﷺ أصحابه، واستشارهم أيخرج إليهم أم يمكث في المدينة ؟ وكان رأيه ألا يخرجوا من المدينة وأن يتحصنوا بها فإن دخلوها قاتلهم المسلمون على أفواه الأزقة والنساء من فوق البيوت، ووافقه على هذا الرأي "عبد الله ابن أبي" وبعض الصحابة، ولكن جماعة من الصحابة أشاروا بالخروج وألحوا عليه في ذلك، فكان الرسول أول من وضع رأي الأكثرية موضع التنفيذ-٢٣-، إذ نهض من المجلس فدخل بيته ولبس لأمته، وخرج عليهم ليقود الأقلية والأكثرية إلى لقاء العدو خارج المدينة، وقد سارع الرسول بتنفيذ رأي الأغلبية بالرغم من مخالفته لرأيه الخاص الذي أظهرت الحوادث فيما بعد أنه كان الرأي الأحق بالاتباع ...

[الصدر] ... تعليق "رقم -٢٢-" مر علينا قريبا أن مبدأ الشورى إنما يقرره النص الأول دون الثاني لأن النبي ﷺ لم يكن يجب عليه الأخذ برأي أصحابه وكان رأيه هو القطعي كما يدل قوله ﷺ : ﴿فإذا عزمت فتوكل على الله﴾ ...

[الصدر] ... تعليق "رقم -٢٣-" لا يجب على النبي ﷺ اتباع آراء أصحابه، وإن أجمعوا كما يدل على ذلك قوله ﷺ : ﴿ فإذا عزمت فتوكل على الله ﴾ وإنما ترك ﷺ رأيه في هذه الواقعة واتبع رأي الأكثرية خوفا من عصيان الجيش ومخالفتهم لأمره* ...

[الشاوي] ... رأينا في "تعليقي -٢٢-و-٢٣-" نحن نؤيد ما قاله المؤلف من أن نصوص القرآن الخاصة بالشورى (في سورتي الشوري وآل عمران) توجب جعل قراراتها ملزمة للكافة، لذلك لا نوافق على قول السيد الصدر في التعليق رقم -٢٣- إن الرسول الكريم لم يلتزم برأي الأغلبية، وإنما جاراهم في غزوة أحد من باب حسن السياسة فقط * ...

وممـا يؤسفنا أن كثيرين من علماء السنة يدعي ذلك أيضا، ويستفيد منه سلاطين الجور والبغي وقد قلنا في كتابنا "فقه الشورى" إنه إذا فرض جدلا أن الرسول لم يلتزم برأي الأغلبية فإنه إنما كان استثناء بسبب أنه تلقى وحيا، وأنه عندما يوجد وحي إلهي فلا محل للشورى ... وأن مبدأ الالتزام بقرارات الشورى لا جدال فيه بالنسبة لغير الرسول الكريم ...

---

* تعليق للأستاذ الدكتور العوا :

لو صح هذا لكان اتباع الشورى واجبا من قبيل سد ذرائع الفساد...

〈عوده〉 وعمل أصحاب الرسول بهذه السنة بعد وفاته في حروب الردة-٢٤- فقد كان رأي الغالبية أول الأمر متجها إلى عدم محاربة المرتدين ومسالمتهم، وكان رأي الأقلية وعلى رأسهم "أبو بكر" متجها إلى محاربة المرتدين وعدم التسامح معهم، وانتهت المناقشة بجنوح "الكثيرين" إلى رأي "أبي بكر" بعد اقتناعهم به، فلما وضع هذا الرأي موضع التنفيذ كان "المخالفون" في الرأي هم أول المنفذين-٢٥- له، والمضحين في سبيل تنفيذه بأموالهم وأبنائهم وأنفسهم ...

[الصدر] ... تعليق "رقم -٢٤-" لم تكن هناك ردة بعد النبي ﷺ وأن الذين حاربهم أبو بكر إحدى جماعتين : إما جماعة اتبعت من تنبّأ وادعى النبوة أيام النبي ﷺ، وإما جماعة أنكرت خلافة أبي بكر؛ لأنها لم تكن عن "نص" ولا عن "إجماع" المسلمين، ومن أراد التفصيل فليراجع كتاب "السقيفة" للعلامة الشيخ "محمد رضا المظفر" رحمه الله ...

[الشاوى] ... رأينا"في تعليق -٢٤-" يردد رأي بعض كتاب الشيعة في عدم حجية قرار الجمهور في السقيفة، و"يستشهد في ذلك بكتاب للعلامة الشيخ محمد رضا المظفر"، وكان يكفي أن يعلل ذلك بما ذهبوا إليه من أن الإمام علي بن أبي طالب لم يقره، وأنه هو وذريته هم الموصي لهم، وأنهم "دون بقية الصحابة وغيرهم من المسلمين" "معصومون" لا يجوز للشورى أن تناقض ما يرونه. وردنا على ذلك أن مبدأ العصمة لغير الرسل الكرام لا يقره فقه السنة، وهم الأغلبية، ونرى وجوب الالتزام به ...

كذلك لا نقر قوله إن بعض المرتدين الذين حاربهم أبو بكر لم يكونوا مرتدين وإنما هم جماعة أنكرت خلافته بزعم أنها لم تكن عن نص ولا عن إجماع المسلمين، وردنا هو أن الأغلبية في الشورى تكفي لاختيار الخليفة، ولوجوب الالتزام بها، وعلى الأقلية الالتزام برأي الأغلبية بإخلاص وصدق ...

وليس من الممكن أن يسوي السيد الصدر بين من ارتدوا عن الإسلام واتبعوا من تنبئوا، والذين نسب إليهم إنكار صحة ولاية أبي بكر؛ لأنها لم تكن عن نص ولا إجماع ...

[الصدر] ... تعليق "رقم -٢٥-" كما لا تكون الأغلبية حجة أيام عهد النبوة الزاهرة كذلك لا تكون حجة أيام الإمام المعصوم المنصوب من قبل الله ﷻ فإن الحجة إنما هي رأيهما وما يأمران به ...

[الشاوى] ... رأينا في "تعليق -٢٥-" هذا الموضوع له قيمة تاريخية فقط، ويهمنا الآن الرأي الفقهي الذي وصلوا إليه بعد توقف ولاية الأئمة الاثنى عشر، أي في عهد الغيبة الحالي ... وهو أن المبدأ العام والأصل في شريعتنا هو الالتزام بقرار الجماعة "التي يمثلها جمهورها أي أغلبيتها" ... وبذلك يؤيدوننا في إنكار ما يقوله كثير من العلماء اليوم من عدم الالتزام بقرار الشورى وهو ما يردده فقهاء السلاطين ليطلقوا يد حكام الجور دون التزام بالشورى في عملهم، ولا يكتفون بعدم التزامهم بها في الاستيلاء على السلطة بالقوة والغلب ...

‹عوده› وهذه السنة المباركة التي تكمل مبدأ "الشورى" العام تعتبر في وقتنا الحاضر العلاج الناجع لفشل "الديمقراطية". فمن المسلم به أن البلاد الديمقراطية فشلت فشلا ذريعا في تطبيق مبدإ "الشورى"، والسبب الأساسي في هذا الفشل أنهم يسمحون للأقلية أن تناقش الرأي الذي أقرته الأغلبية بعد انتهاء دور المناقشة، وأن تشكك في قيمته وصلاحيته أثناء تنفيذه، بل إنه يظل موضع الانتقاد والسخرية حتى بعد تمام تنفيذه. ولما كانت القاعدة أن فريق الأغلبية هو الذي يتولى الحكم، فإن آراء هذا الفريق وأعماله لا تقابل بما يجب لها من الاحترام بل تكون دائما محل تشكيك وسخرية، ويطعن عليها بتفاهتها وعدم صلاحيتها، بل قد يحدث أن تمتنع الأقلية عن تنفيذ القوانين التي تسنها الغالبية، وتظل الحال هكذا حتى يصبح الفريق الحاكم أقلية فيترك الحكم ليتولاه فريق الأكثرية الذي تعامل آراؤه وأعماله بمثل ما قوبل به فريق الأكثرية السابق. وهكذا لا يتولى الحكم فريق إلا كانت آراؤه وأعماله محل النقد والتشكيك والسخرية. وقد يكون النقد سبيلا من سبل الإصلاح إذا أبدى الناقد رأيه وقت المناقشة أو نقد آراء لم تناقش من قبل، أما نقد الآراء التي سبقت مناقشتها والتشكيك فيها بعد أن وضعت موضع التنفيذ فذلك هو الفساد بعينه، بل إنه ليتناقض مع الأساس الذي تقوم عليه الشورى، فأساس الشورى هو أن يحكم الشعب طبقا لرأي الأغلبية، ومعنى ذلك أن أغلبية الشعب إذا أجمعت على رأي كان رأيها قانونا أو حكما تجب له الطاعة والاحترام.

ولقد أدى موقف الأقلية من الأغلبية إلى نتيجته الطبيعية، فظهر أولو الأمر في البلاد الديمقراطية بمظهر العاجز الذي لا يحسن التصرف، وفقد الأفراد ثقتهم في الزعماء والجماعات والأحزاب، وأصبحوا يتشككون في قدرتهم على حكم الشعب وإدارة أموره، وحق لهم أن يفقدوا ثقتهم فيمن تصدوا لقيادتهم فلم يسمعوا عنهم في يوم ما أنهم ارتأوا رأيا فكان موضع التقدير، أو جاءوا بفكرة لم تكن موضع السخرية، أو هموا بعمل لم يكن موضع النقد والتشكيك ...

وإذا كان فشل البلاد الديمقراطية في تطبيق مبدإ الشورى يرجع في الأصل إلى انعدام الثقة فيمن يتصدون لقيادة الشعب، فإن تفشي هذا الفشل في كل البلاد الديمقراطية جعل الناس يعتقدون أن مبدأ الشورى نفسه غير صالح للتطبيق فانتقل الشك وعدم الثقة من القائمين على تطبيق المبدإ إلى المبدإ ذاته، واعتنق الكثير من البلاد الديمقراطية مبدأ الديكتاتورية وهم يظنون أنهم سيجدون فيه علاجا لحالة الشك وعدم الثقة التي تعيش فيها الشعوب ...

(عوده) ولكن التجارب أثبتت أن الديكتاتورية انتهت بفشل أفظع من فشل الديمقراطية؛ لأنها تؤدي إلى كم الأفواه وتعطيل حرية الرأي وحرية الاختيار وانعدام الثقة بين الشعوب والحكام وتوريط الشعوب والحكومات فيما لا تريده أو فيما لا يعود عليها إلا بالضرر. وإذا كانت الديكتاتورية تبدأ غالبا بالنجاح إذا استبدلت بالديمقراطية الفاشلة فإن النجاح لا يرجع إلى النظام ذاته، وإنما يرجع كما أثبتت التجارب إلى ثقة المحكومين بشخصية الحاكمين وتعضيدهم إياهم وإلى حرص الحكام على صالح الجماعة، فإذا ما تغير "الحكام" الموثوق بهم، أو فشلوا-٢٦- في القيام بمهمتهم، انعدمت الثقة بين الحكام والمحكومين وابتدأ الفساد يدب في النظام الديكتاتوري، وكان ذلك إيذانا بتغيير نظام الحكم، وإن كان التغيير ذاته يتوقف على عوامل أظهرها ضعف الحاكمين أو شجاعة وقوة المحكومين ...

ونستطيع الآن أن نقول بحق : إن النظام الإسلامي لا يُعَدّ فقط علاجا ناجحا لفشل الديمقراطية، ولكنه أيضا صمام الأمن الذي يحمي الأمم من الديكتاتورية لأن هذا النظام يحفظ لمبدإ الشورى قيمته النظرية، ويحقق صلاحيته العملية ويجيش كل القوى لخدمة الجماعة، ويدعو إلى الثقة بالشورى والقائمين بأمرها ويسد الطريق على المبادئ الهدامة والديكتاتورية ...

ونستطيع أيضا أن نقول : إن النظام الديمقراطي يقوم في الأصل على الشورى والتعاون ولكنه انتهى بسوء التطبيق إلى تسليط المحكومين على الحاكمين وانعدام التعاون بينهما. وإن النظام الديكتاتوري يقوم في الأصل على السمع والطاعة والثقة بين الحاكمين والمحكومين، ولكنه انتهى بسوء التطبيق إلى تسليط الحاكمين على المحكومين وانعدام الثقة بينهما، أما النظام الإسلامي-٢٧- فيقوم على الشورى والتعاون

(الصدر) ... تعليق "رقم -٢٦- " أو ظهرت حقيقتهم الفاسدة أمام المحكومين ...

(الشاوي) ... رأينا في "تعليق -٢٦-" يؤيد رأينا بوجوب إلزام حكام الجور (قبل غيرهم) بالخضوع لرأي الأغلبية في عزلهم عندما تظهر لها حقيقة فسادهم ...

وعلى العموم فإن الحكام الصالحين لا مصلحة لهم قط في القول بعدم الالتزام برأي الأغلبية ؛ لأن الجمهور يؤيدهم، إنما يستفيد من تعطيل الشورى حكام الجور والبغي ...

(الصدر) ... تعليق ... "رقم -٢٧-" الشوروى ...

(الشاوي) ... رأينا في "تعليق -٢٧-" يسرنا أنه وصف النظام الإسلامي بأنه الشوروى وهذا هو=

﴿عوده﴾ في مرحـــلة الاستشارة، وعلى السمع والطاعة والثقة في مرحلة التنفيذ ولا تســـمح قواعده بتسليط فريق على فريق. وبهذا جمع النظام الإسلامي بين ما ينسب لـــلديمقراطية مـــن فضـــائل، وما ينسب إلى الديكتاتورية من مزايا ومحاسن ثم هو في الوقت نفسه برىء من العيوب التي تنسب للديمقراطية والديكتاتورية معا ...

ولقـــد سبقت الشريعة الإسلامية القوانين الوضعية في تقرير مبدإ الشورى بأحد عشر قرنا، حيث لم تعترف هذه القوانين بمبدإ الشورى إلا بعد الثورة الفرنسية، اللهم فـــيما عـــدا القـــانون الإنجليزي فقد عرف مبدأ الشورى في القرن "السابع عشر". وقـــانون الولايـــات المتحدة الذي أقر المبدإ بعد منتصف القرن "الثامن عشر". أما القانون الفرنسي فقد أخذ بمبدإ الشورى في آخر القرن الثامن عشر، وعلى أثر ذلك انتشـــر مبدأ الشورى وأخذت به معظم القوانين في القرن "التاسع عشر". فالقوانين الوضعية حين قررت مبدأ الشورى لم تأت بجديد، وإنما انتهت إلى ما بدأت به الشريعة الإسلامية، وسارت في الطريق الذي سلكته الشريعة من القرن "السابع" الميلادي ...

= ما توصل إليه المذهب الشيعي في ضوء نظرية الإمام الخميني في كتابه عن الحكومة الإسلامية وطـــبق عمـــليا في دستور الجمهورية الإيرانية بعد الثورة كما أوضحناه في تعليقاتنا على هذا الكـــتاب ونشرناه بعنوان "فقه الحكومة الإسلامية بين السنة والشيعة ... " وبينا فيه أن إجماع الفريقين توصل بذلك إلى أن الشورى هى أساس فقه الحكومة الإسلامية ...

27 - الشورى توفق بين حرية الرأى والالتزام بقرار الجمهور :

إن دراستى لفقه الشورى والاستشارة[1] قد أكدت لى أنها ليست مجرد مبدإ، بل هى نظـرية عامـة شاملة أساسها نص القرآن الكريم فى سورة الشورى باعتبارها الطريقة الشـرعية الوحيدة؛ لكى تتخذ بها الجماعة قرارها فى أمورها العامة، فهى تجعل الجماعة وحدهـا صـاحبة "السلطة الدستورية" التى تضع دستور الجماعة وما يتفرع عنه من مبادئ وقواعد وأحكام لاحدود لها،وعبر عن ذلك فقيهنا بقوله: "إن أغلبية الشعب إذا أجمعت على رأى، كان رأيها قانونا أو حكما تجب له الطاعة والاحترام". وهذه العبارة تؤكـد ما انتهيت إليه من أن "الإجماع" الذى عده فقهاؤنا المصدر الثالث للتشريع بعد الكتاب والسنة، يقصد به إجماع الأغلبية أو الجمهور، والتزام الجميع بما تقرره الشورى "بالأغلبية"، وأن المقصود به فى اللغة هو العزم والتصميم الملزم للجميع بتنفيذ قرارات الشـورى، رغـم أنها تصدر بالأغلبية فقط. ويماثله فى الفقه الدستورى الحديث حق إصدار القوانين، أى الأمر بتنفيذها على الجميع حتى ولو تم إقرارها بالأغلبية. فالإصدار (أى الإجماع) معناه إلزام الكافة بقرار الأغلبية بالشورى الحرة.

إن الإجمـاع فى نظرنا هو اتفاق الأمة على مبدإ الالتزام العام بما تقرره الشورى الشرعية "بالأغلبية"، وهذا يؤكد عموم نظرية الشورى وشمولها لجميع أمور الجماعة بما فيها شئونها التشريعية .

ونحن نقدر "لفقيهنا" الشهيد... تأكيده مرارا على أن : "من القواعد الأساسية فى تطبيق الشورى أن تكون الأقلية التى لم يؤخذ برأيها، أول من يسارع إلى تنفيذ رأى الأغلـبية، وأن تـنفذه بإخلاص، باعتباره الرأى الواجب الاتباع" بمجرد "إصداره" الـذى يعنى الإجماع على تنفيذه، وأن "رسولنا أول من وضع رأى الأكثرية موضع التـنفيذ، رغـم مخالفته لرأيه الخاص فيما هو ثابت عند الخروج لملاقاة المشركين فى أحـد"، وقـول فقيهـنا أيضا: "إن الأساس الذى تقوم عليه الشورى هو أن يحكم الشعب طبقا لرأى الأغلبية وإن أغلبية الشعب إذا أجمعت على رأى (إجماع الجمهور) كان رأيها قانونا وحكما يجب له الطاعة والاحترام ، بإجماع الكافة أى التزامهم دون

---

[1] يراجع الباب الثانى من الكتاب الأول "بعنوان الشورى فى مصادر الفقه والتشريع" البنود (31-44) من كتابنا المشار إليه، وقد نشرته دار الوفاء فى عام 1992 الطبعة الأولى، والثانية عام 1993، وسوف نخصص الجزء الثانى من الطبعة الثالثة للشورى فى "الفقه والتشريع" إن شاء الله .

۞ القرآن فرض الشورى نظاما للجماعة قبل أن توجد الدولة :

استثناء". وقوله: " إن النظام الديمقراطي يقوم فى الأصل على مبدإ الشورى والتعاون"، والتكافل فى الرأى والفكر، وإن الشورى تقوم على التعاون والتشاور فى مرحلة التشاور، ثم على السمع والطاعة والثقة " المتبادلة " فى مرحلة التنفيذ !! كذلك يسعدنا تكرار إشارته إلى أن الإسلام قد سبق جميع النظم المعاصرة التى تتباهى بالديمقراطية، مع أنها لم تعرفها بالصورة المعاصرة، إلا بعد أن قرر الإسلام نظرية الشورى بقرون عديدة .

وكثيرون يجهلون أن الإسلام قرر مبدأ الشورى فى المرحلة المكية قبل إنشاء الدولة فى المدينة، وبذلك قصد بها أن تكون شاملة لكل شئون الجماعات الإنسانية، سواء كانت فى صورة دولة أو حركة أو حزب أو هيئة أو ما يماثل ذلك.

إننا نرى أن القرآن الكريم عندما قرر الشورى فى الفترة المكية قبل الهجرة، قد قصد به أن تربى الجماعة الإسلامية وهى أقلية مضطهدة فى مكة على أن تجتهد وتتشاور وتقرر بالشورى لنفسها قواعد وأحكاما تشريعية تميزها عن المجتمع المشرك المسيطر فى مكة (فى ذلك الوقت)، وأن الله سبحانه وتعالى علم هذه الجماعة الناشئة أن تتخذ القرارات اللازمة بشأن جميع نظمها وأمورها العامة بطريق الشورى الملزمة بما فى ذلك شئونها التشريعية، وأن تجعل إجماعها الأداة الشرعية لإلزام الجميع بما تقرره المشورة والشورى، وكان ذلك ضروريّا حتى لاتلتزم بشريعة الكفار،وما اشتملت عليه من شذوذ وانحرافات أدانها القرآن صراحة مثل وأد البنات وإهدار حقوق الإناث عامة،وهو الإهدار الذى أدى فى نظرهم إلى قتل البنات بما سمى "الوأد" للتخلص مما كانوا يعتبرونه عارا فى ذلك الزمان، وقد أدان القرآن ذلك بشدة وقوة تؤكد حرصه على تقدير المرأة وتحرير الإناث تحريرا كاملا[1].

فى نظرنا أنه فى فجر الإسلام فى العهد المكى قبل الهجرة، وقبل تأسيس الدولة كانت الشورى هى مصدر التشريع بالاجتهاد ما لم يكن هناك أمر إلهى أو نبوى بشأن الواقعة المراد معرفة حكم الشرع فيها .

---

(1) يراجع المؤلف الموسوعى القيم الذى نشره صديقنا وزميلنا الأستاذ/ عبد الحليم أبو شقة بعنوان "تحرير المرأة فى عصر الرسالة".

❁ اجتماع السقيفة طبق الشورى كأساس لإنشاء الحكومة ووضع نظامها :

ولقد تأيد مبدأ الشورى الملزمة والإجماع على الالتزام بقرار الأغلبية بعد وفاة الرسول الكريم فى اجتماع "السقيفه" الذى مارس فيه المسلمون عملية الشورى كأساس للمجتمع المدنى الذى أنشأ دولة الخلافة، واختاروا لها رئيسا سموه : (خليفة)؛ لأنه أحد أفراد الجماعة الذى لا يتلقى الوحى ولا يدعى له صلة بالسماء كما كان الأمر بالنسبة للرسول الكريم؛ ولذلك فإنه مسئول أمام أمته ويعمل باسمها ولحسابها وتحت إشرافها الكامل.

أول ما قررته الجماعة فى "السقيفة" هو مبدأ الشورى كأساس لاجتهادات الجماعة فى إقامة الحكومة ووضع نظمها، كما قررت التزام الجميع بما تقرره اجتهادات أغلبية الجماعة أو من يمثلونها.

وعلى ذلك فإن للشورى دورا أساسيًا فى التشريع سواء باعتبارها مجرد اجتهاد أو إجماع يلزم الكافة بما تقرره اجتهادات الأغلبية.

وإذا كنا قد دعونا لتقنين الأحكام الجنائية الشرعية، فيجب أن نوضح أن عملية التقنين تتضمن إعمالا لمبدإ "الاجتهاد" ومبدإ "الإجماع" معا باعتبارهما مصدرين للأحكام الشرعية بعد "الكتاب والسنة"، على أساس أنهما يكونان الدليل الشرعى على الالتزام بما قرره الكتاب والسنة من مبادئ وأحكام، حتى لايبقى لأحد من الأفراد أو لأقلية منهم مجال للجدال فى ذلك فيما بعد.

"فالاجتهاد" فى التقنين فى عصرنا الحاضر هو استنباط الأحكام المستحدثة التى تقتضيها ظروف الزمان والمكان، وضرورات المجتمع فى المسائل التى لم تتعرض لها اجتهادات المذاهب الفقهية، أو على الأقل فى اختيار الرأى الذى ترجحه الجماعة بين الآراء والمذاهب المتعددة فى الفقه. وقد قلنا دائما بأن هذا الترجيح يستلزم قدرا من الاجتهاد سواء كان فرديًا أو جماعيًا .

أما "الإجماع" فهو إقرار مبدإ التزام الكافة بما قررته الاجتهادات المستحدثة أو الآراء المختارة من بين المذاهب و الآراء الموروثة ... وإلزام الجميع به باعتباره قرار الجماعة بالشورى الملزمة. ويكفى للالتزام بها إجماع الجمهور أى الأغلبية.

لكن لنا "رأيا" فيما يتعلق بضمانات الشورى فى عملية تقنين الفقه التى ندعو إليها.

التقنين الشرعي يصبح ملزما بالشورى :

رأينا في ضمانات الشورى في التقنين الشرعي

مـــنذ أن تعطل تطبيق الشريعة فى بلادنا بسبب الغزو والاحتلال الأجنبى، ثم بعد ذلـــك بانتهاج كثير من أقطارنا خطة إصدار قوانين وضعية مستمدة فى عمومها من المجموعـــات القانونية الأجنبية وفى مقدمتها القانون الفرنسى، بدأ كثير من الباحثين يدعـــون إلى عـــرض أحكام الفقه الإسلامى فى صورة مجموعات ومدونات عصرية مشـــابهة لتـــلك التى تعرض فيها القوانين الوضعية. وتجاوبت الدولة العثمانية مع هذا الاتجـــاه، فأصـــدرت مدونتها الشهيرة فى القانون المدنى "مجلة الأحكام العدلية" التى استمر تطبيقها زمنا طويلا فى جميع البلاد التى كانت جزءا من الإمبراطورية العثمانية. وتمشيا مع هذا الاتجاه، ظهرت فى مصر مبادرة جريئة قام بها "محمد قدرى باشا" بنشر مجموعـــات للأحكـــام الشـــرعية، وإن كانت مقصورة على المواد المدنية والأوقاف والأحوال الشخصية. وهناك كثيرون يرون أن المسائل الجنائية فى أشد الحاجة إلى من يتصدى لتقنينها. وقد بدأت فعلا محاولات فى بعض الأقطار بعد صدور هذا الكتاب مـــثل ليبيا والإمارات العربية المتحدة والأردن(*) فى هذا المجال، كما أن الأزهر قام بـــدور مهم فى إعداد مشروعات مقننة للفقه الإسلامى فى المذاهب المختلفة وكذلك لجنة مجلس الشعب وأخرى بوزارة العدل فى مصر .

وكـــتاب "الشهيد عوده" قد اخترناه ليكون أساس هذه الموسوعة، لأنه فى نظرنا يقيم جسرا يصل بين الفقه الموروث فى التشريع الجنائى الإسلامى، وبين الاجتهادات المســـتقبلية والتقنيـــنات الشرعية التى يطالب بها كثيرون لكى تأخذ أحكام شريعتنا صـــورة عصـــرية تـــبرز محاسنها فى مواجهة القوانين الوضعية التى طغت على ساحة التطـــبيق فى كثير من بلاد العالم الإسلامى، وذلك لأنه سلك منهج الدراسة المقارنة لأحكـــام التشـــريع الجـــنائى الإسلامى، وقدم اجتهادات تؤكد التفرقة بين التقنين الشرعى وأحكام الشريعة عموما وبين القوانين "الوضعية".

(*) تعليق للأستاذ الدكتور " محمد سليم العوا " :-

وفى الكويت صدرت مدونتان للقانون الجنائى، إحداهما أعدته لجنة برئاسة الأستاذ الدكتور "على راشد"، والثانية التى كانت ردًا أهليا من بعض المفكرين الإسلاميين على الأولى – أعدها لجنة من القانونيين والشرعيين من بينهم المستشار "عبد القادر حلمى" والأستاذ "سالم البهنساوى" والأستاذ "محمد كمال إبراهيم" (رحمه الله) وآخرون .

❁ ضمانات تميز التقنين الشرعي عن القوانين الوضعية :

صـــحيح أنه لم يتكلم عن التقنين كثيرا، لكنه عندما يذكر "التعازير" يشير إلى أن الشـــريعة أعطـــت "لأولياء الأمر" سلطة تحديد هذه الجرائم، وبيان نوع العقوبات المناســـبة لها وقدرها بشرط الالتزام بمبادئ الشريعة فى التحريم والتحليل ومراعاة ما تقتضـــيه ظروف العصر والمجتمعات،وهذا يضمن المرونة والتطور.ثم إن "أولياء الأمر" عندما يضعون النصوص التى تحدد الجرائم التى تستحق التعزير والعقوبات المقررة لها، فـــإن ذلـــك ســـيكون بنصوص فقهية توصف عادة بأنها قانون مستمد من الشريعة الإسلامية لكنه ليس قانونا وضعيّا، بل مجرد تقنين لأحكام الشريعة الإسلامية فى أحد مذاهـــبها، ولذلـــك فإن المقارنة تكون بين تقنين مذهب معين من مذاهب الفقه وبين "القـــانون الوضعى" المطبق فى بلد معين فى زمن معين.وعلينا نحن ومن يأتون بعدنا أن نتصدى لوضع الشروط والضمانات الضرورية للتقنين الشرعى، حتى لا تتحول تلك التقنينات إلى قوانين وضعية.

وفى نظرنا أن أهم الضمانات ما يلى : —

1 – أن المقصود بأولياء الأمر، ليسوا هم السلاطين والحكام فى الدول العصرية، وإنمـــا هـــم ممثلو الأمة من أهل الاجتهاد وأهل الذكر الذين تفوضهم الأمة فى ذلك بالاختيار الشعبى والشورى الحرة الكاملة .

2 – أنـــه لا يجوز الخلط بين هذه التقنينات الشرعية وبين القوانين الوضعية، لأن الأولى مصدرها ومنبعها هو المصادر الإلهية والفقه الأصيل، وهى تابعة لمصدرها الإلهى ونابعـــة منه، (بخلاف ما يسمى بالقوانين الوضعية التى تستورد من الخارج، وتضعها الدولة على هوى المسئولين فيها والمسيطرين عليها ..) .

3 – أن أهم ضمان لالتزام التقنينات الشرعية بالأصول والمصادر الشرعية هو أن يكـــون للعلماء الدور الأساسى فى ذلك، ويلزم لذلك فى نظرنا إنشاء مجلس خاص للاجـــتهاد والتشريع تكون أغلبيته من العلماء ويشاركهم فيه أهل الذكر من ذوى الاختصـــاص فى الفروع المختلفة مثل الشئون العسكرية أو الاقتصادية والاجتماعية والطـــبية وما إلى ذلك، ويكون مستقلا عن سلطات الدولة، بل وعن المجالس النيابية المختصة بالمسائل السياسية والتى لايشترط فى أعضائها أى شرط من شروط العلم أو الفقه أو الخبرة والتخصص فى العلوم والمهن المختلفة .

❁ التزام الأقلية بما تقرره الأغلبية بالشورى الحرة :

4 – أن العلماء الذين يشتركون فى هذا المجلس لا يدخلونه تلقائيا – جميعا دون تمييـــز بينهم – بمجرد حصولهم على مؤهلات أو قدرات علمية، بل يجب أن يختارهم الشعب أو الأمة بحرية كاملة من بين ذوى المؤهلات العلمية، وبذلك يمكن للجماهير أن تسد الطريق على فقهاء السلاطين من العلماء الذين يفرضون على الناس آراءهم بحجـــة أنهم مؤهلون علميا؛ لأن المؤهل العلمى يكفى فقط للترشيح، على أن يكون الاختيار للأمة بالشورى الحرة[1] .

إن مـــبدأ الإجماع على أن الأقلية تلتزم بما تقرره الأغلبية بالشورى الحرة هو في نظرنا أساس وجود التفرقة بين البيعة التعاقدية (الدستورية) وهي بيعة اختيار المرشح لتولي السلطة نيابة عن الأمة، وهو تعاقد يجب لصحته توافر حرية الاختيار لمن بايعوا – وهـــذا هو ما نسمية بيعة تعاقدية (دستورية) أو بيعة الاختيار لأنها تتم قبل استلام السلطة .

ومـــتى اختارت الأغلبية مرشحا للولاية بحرية كاملة أصبح قرارهم ملزما للأقلية التي يجب عليها أن تنضم إلى الأغلبية في اعطاء يمين الولاء لمن اختارته الأغلبية – وقد انتقدنا نظم الملك العضوض وولاية المتغلبين المستبدين في وصف هذا اليمين بأنه بيعة، وهـــو ليـــس كذلك لأنه أداء الواجب الالتزام بما قررته الشوري بالأغلبية – وهو واجب على الأقلية والأغلبية معا ومجرد إجراء لتسليم السلطة .

ولقـــد قلنا في كتابنا فقه الشورى والاستشارة إنه لا يجوز تسمية يمين الولاء هذه بيعـــة ولا الاستغناء بها عن بيعة الاختيار التعاقدية المبنية على حرية الاختيار الكاملة باعتبارها عقدا دستوريا – وقلنا إن نظم الحكم المبنية على القوة والغلب جرت على الاكـــتفاء بهذا اليمين وتسميته بيعة في حين أنه يمين يفرضها من بيده السلطة فعلا – ويســـمى في العصـــر الحديـــث استفتاء بحرية الجالس في مقعد السلطة كإجراء من إجراءات أو مراسم تولي السلطة وليس تعاقد حرّا[2] .

---

(1) يراجع البند 35 وما بعده فى كتابنا فقه الشورى بعنوان "دعوة إلى تنظيم مجلس للإجماع" والتقنين على أساس الشورى و الاجتهاد والإجماع .

(2) يراجع كتابنا فقه الشوري ص 446 وما بعدها وما قبلها في البند 63 من الكتاب.

﴿عوده﴾ ٢٨ـ *نظرية تقييد سلطة الحاكم* ... جاءت الشريعة الإسلامية من يوم نزولها بنظرية تقييد سلطة الحاكم، فكانت أول شريعة قيدت سلطة الحكام وحرمتهم حرية التصرف وألزمتهم أن يحكموا في حدود معينة ليس لهم أن يتجاوزوها وجعلتهم مسئولين عن عدوانهم وأخطائهم ...

وتقوم النظرية على ثلاثة **مبادئ** أساسية :

أولها ... وضع حدود لسلطة الحاكم ...

ثانيها ... مسئولية الحاكم عن عدوانه وأخطائه ...

ثالثها ... تخويل الأمة حق عزل الحاكم ...

المبدأ الأول : وضع حدود لسلطة الحاكم : كانت سلطة الحاكم قبل نزول الشريعة سلطة مطلقة لا حد لها ولا قيد عليها، وكانت علاقة الحاكمين بالمحكومين قائمة على القوة البحتة ومن القوة كان الحاكم يستمد سلطانه، وعلى مقدار قوته كانت سلطته، فكلما كان قويا امتد سلطانه لكل شيء، وإن ضعف انكمشت سلطته وأصابها القصور والوهن، وكان الناس يدينون للحاكم بالطاعة لا لأنه يحكمهم بل لأنه أقوى منهم، فكلما كان الحاكم قادرا على أن يسوق الناس بعصاه أو يغريهم بماله وجاهه، فهم من الطائعين السامعين، فإذا ضعف الحاكم واستطاع أحد منافسيه أن يتغلب عليه فإنه يستطيع تبعا لذلك أن يتحكم في رقاب "الرعية"، وكانت "الرعية" تعتبر خدما وعبيدا لصاحب السلطان سواء أورث سلطانه أم اكتسبه (بالغصب) ...

ولما كان الحاكم يستمد سلطته من قوته لم تكن سلطة أي حاكم تساوي سلطة الآخر، ولم تكن هناك حدود مرسومة للحكام لا يتعدونها، بل كان للحاكم أن يأتي ما يشاء ويدع ما يشاء دون حسيب أو رقيب وجاءت الشريعة فاستبدلت بهذه الأوضاع البالية أوضاعا جديدة تتفق مع الكرامة الإنسانية والحاجات الاجتماعية، فجعلت أساس العلاقة بين الحكام والمحكومين تحقيق مصلحة الجماعة لا قوة الحاكم أو ضعف المحكومين، وتركت للجماعة حق اختيار الحاكم الذي يرعى مصلحتها ويحفظها -٢٨- وجعلت لسلطة الحاكم حدودا ليس له أن يتعداها، فإن خرج عليها كان عمله باطلا، وكان من حق الجماعة أن تعزله وتولي غيره لرعاية شئونها ...

الصدر ... تعليق "رقم -٢٨- " في زمان لا يوجد فيه نبي ولا إمام معصوم منصوب من الله ﷺ حاضر غير غائب ...

الشاوي ... رأينا في تعليق "رقم -٢٨-" هذا التحفظ من خصائص مذهب الشيعة الذين يعتقدون أن الولاية تقررت بالنص "وصية" للإمام علي وذريته.. فيكون تنصيب هؤلاء "الأئمة" بالنص أي بالوصية لا "بالشورى". وأن آخر الأئمة الموصي لهم عندهم هو الإمام الثاني عشر، ومنذ اختفائه=

عوده وقد بينت الشريعة مهمة الحاكم بيانا شافيا وحددت حقوقه وواجباته تحديدا دقيقا، فمهمة الحاكم في الشريعة أن يخلف رسول الله ﷺ في حراسة الدين وسياسة الدنيا[1]. ويسمى الحاكم في اصطلاح الفقهاء الإمام-٢٩- و" الإمامة " أو" الخلافة " كما يرى "الفقهاء" عقد لا ينعقد إلا بالرضا والاختيار[2]-٣٠-.

=أصبحت الإمامة بالشورى وإن كان الإمام الخميني يشترط فيه أن يكون فقيها أو بالأصح "مجتهدا".

وقد بينا في كتابنا "فقه الحكومة بين السنة والشيعة أن هذا الشرط يقرره أيضا غالبية فقهاء السنة، الذين يشترطون أن يكون الخليفة فقيها مجتهدا وأن لنا رأيا آخر هو عدم وجوب هذا الشرط بيناه فى كتابنا بعنوان فقه الحكومة الإسلامية بين السنة والشيعة، ص (٢١٨،٢٤٩) .

الصدر ... تعليق "رقم -٢٩- " وفي اصطلاح فقهاء المذهب الجعفري لا يطلق اسم الإمام إلا على أحد الأئمة الاثنى عشر (ع) الذين ثبتت عصمتهم وكونها من الله بالدليل القطعي عندهم.

الشاوى ... رأينا في تعليق "رقم -٢٩-" يسرنا ما قرره في هذا التعليق، ونتمنى أن يلتزم به الشيعة الذين يصر كثير منهم على إطلاق كلمة الإمام على المجتهدين من غير آل البيت حتى في عصرنا الحاضر ... ويحسن ألا يدعي هؤلاء الأئمة من الفقهاء أن لهم جميع السلطات التي كان الشيعة يعترفون بها للأئمة من آل البيت ...

الصدر ... تعليق "رقم -٣٠- " بل الإمامة لا تنعقد عند الشيعة الإمامية إلا بالنص من الله على لسان رسوله ﷺ، وأما الدولة الإسلامية في ظرف عدم وجود النبوة وغيبة الإمام فإنما تكون بالشكل الذي تختاره الأمة وترضاه، ومن يتزعم الدولة الإسلامية سواء أكان واحدا أو جماعة إنما يكون برأي الأمة واختيارها وتطلق عليه الاسم الذي ترضاه له وتعطيه من الصلاحيات ماتراه أهلا لها.

الشاوى ... رأينا في " تعليق ٣٠- " يسرنا حرصه في هذا التعليق على أنه في فترة الغيبة تكون الولاية والإمامة باختيار الأمة ورأيها، وتعطيه من الصلاحيات ما تراه أهلا لها، وهذا هو التطبيق الصحيح لمبدإ الشورى ونتمنى أن يراعي كثير من فقهاء السنة ذلك، وأن يقرروا أن الأمة عندما تختار ولي الأمر تحدد له صلاحياته "ومنها مدة ولايته" بكامل حريتها وظروف زمانها ومكانها ...

وهو أمر يؤسفنا أن بعض علماء السنة يتجاهله حتى يدعي بعضهم أن الولاية يجب أن تكون مدى الحياة، بل يتجاهل بعضهم حق الأمة وممثليها في الرقابة على من اختاروه للخلافة أو الولاية وحقهم في مساءلته ومجازاته وعزله ...

ويسرنا أننا اطلعنا على ما كتبه أحد كبار علماء الشيعة في لبنان وهو الإمام محمد مهدي شمس الدين رئيس المجلس الشيعي الأعلى في لبنان، الذي ابتكر للشورى تسمية جديدة وصفها بأنها "ولاية الأمة على نفسها" وهو ما يقابل ما يسميه الديمقراطيون "سيادة الأمة أي السيادة=

(١) الأحكام السلطانية (ص : ٣) ...

(٢) الأحكام السلطانية (ص : ٦) ...

عوده وبموجب هذا "العقد" يلزم "الإمام" أي الحاكم-٣١- أن يشرف على الشئون العامة للأمة في الداخل والخارج[1] بما يحقق مصلحتها-٣٢- بشرط أن يكون ذلك كله

= الشعبية". وقال: "إن الأمة تعبر عن إرادتها بالشورى بالطريقة المناسبة" وأضاف "أنه يجب أن يعمم ويعمق نهج الشورى، وأنه الآن في عصر غيبة الإمام المعصوم يجب أن يلتقي المسلمون على مشروع واحد للدولة يقوم على ولاية الأمة على نفسها ...

وهو يعترف بأن "الأشاعرة" و "أهل السنة" يقولون إن العصمة انتهت بوفاة النبي ﷺ وإن هناك معصوما واحدا هو النبي ﷺ وإن ولاية الأمة على نفسها بدأت بعد وفاة النبي ﷺ وهذا هو الفرق بين الشيعة والسنة والآن أصبح الجميع يعترفون بولاية الأمة، لأن الأمة استعادت ولايتها على نفسها . وقال: "إن الله وفقه لهذه الأطروحة (ولاية الأمة على نفسها) وهو كشف فقهي لم يسبقه إليه أحد من العلماء" وأن الأدلة التي استند إليها مبسوطة في كتابه بعنوان "نظام الحكم والإدارة في الإسلام وكتابه الاجتماع السياسي الإسلامي" وإن كنا قد رجعنا فيما نقلناه عنه إلى تصريحات ألقاها في صورة إجابات عن أسئلة لتضمينها كتابا له عنوانه الفقيه والدولة بتاريخ ١٣ من أغسطس عام ١٩٩٧م أهداها لنا بعد اطلاعه على كتابنا "وحدة الفقه الإسلامي في فقه الحكومة الإسلامية" وظاهر أنه يؤيد ما ذهبنا إليه من اتفاق السنة والشيعة على مبدإ الشورى والالتزام بها، بعد أن كان الشيعة يستبعدونها في عهد الأئمة المعصومين من آل البيت كما أوضحناه في رأينا المعارض لما قاله السيد الصدر في تعليقه رقم (١٥) على البند ٢٧ -.

وظاهر أنه بهذا الرأي يصحح مفهوم ولاية الفقيه بأنه إنما يستمدها من ولاية الأمة على نفسها، وأنه لا يستبعد ما قلناه من عدم اشتراط صفة (الفقيه) فيمن تختاره الأمة ليمارس السلطة باسمها ونيابة عنها وتفويض منها ...

الصدر ... تعليق "رقم -٣١-" يلزم الإمام المعصوم بإدارة شؤون الأمة بأمر من الله ﷻ أما من يقوم مقامه حال عدم وجوده أو غيبته واحدا كان أو جماعة فإنما يلزم بالقيام بالواجبات التي تلزمه الأمة بها.

الشاوى ... رأينا في "تعليق -٣١-" نلاحظ أن علماء الفقه الشيعي بقدر ما يضيقون في حقوق الأمة في حالة وجود الأئمة المعصومين من آل البيت "الاثنى عشر" فإنهم يوسعون في حقوقها في حالة عدم وجود هؤلاء الأئمة، وهذا تطبيق كامل وصحيح لنظرية الشورى كأساس للولاية.

ومن حسن الحظ أن هذا هو الوضع الحاضر في العالم الشيعي كما هو في عالم السنة نظريا على الأقل، ومن هنا جاء ما توصلنا إليه من وحدة الفقه الإسلامي حاليا فيما يتعلق بالحكومة الإسلامية، ونتوقع أن يستمر وقتا طويلا فى المستقبل .

الصدر ... تعليق"رقم -٣٢-" إذا كان إماما منصوبا من قبل الله ﷻ أو كانت الأمة قد أعطته هذه الصلاحيات الواسعة ... =

---

(١) حدد صاحب الأحكام السلطانية واجبات الإمام بأنها حفظ الدين وتوفير الأمن والنظام وإقامة الحدود وتنفيذ الأحكام وحفظ الثغور والجهاد والإشراف على الأموال العامة في جبايتها وإنفاقها، والإشراف على الموظفين العموميين الذين يتولون كل هذه المهام.

(عوده) في حدود ما أنزل الله على رسوله. وفي مقابل التزام "الإمام" للأمة بهذا الالتزام تلتزم له الأمة على لسان "ممثليها" الذين اختاروه "إماما"-٣٣- أن تسمع له وتطيع أمره مـــا لم يتغير حاله فيصبح فاسقا أو يعجز عن مباشرة عمله[1] فإذا تغير حاله انعزل بفسقه أو عجزه-٣٤-..

= (الشاوي) ... رأيـــنا في " تعـــليق -٣٢-" التحفظ الذي أشار له السيد "الصدر" ضروري، ونحن نؤيـــده في أن الإمام أو الرئيس المنتخب ليس له من الصلاحيات إلا ما تمنحه له الجماعة التي اختارته والتي يتضمنها ما نسميه الآن بالدستور ...

ونأسف لأن فقيهنا في "الصلب" لم يهتم بتوضيح ذلك، واكتفى بصيغة عامة تفتح الباب لمن يريدون القول بأن الرئيس أو الإمام يتمتع بجميع الاختصاصات دون حدود ولا شروط. وكان يجب أن يشار إلى أن الأمة وحدها هى التي لها الحق في تحديد اختصاصاته بمقتضى دستورها الذي تقره بكامل حريتها.

(الصدر) ... تعـــليق "رقم -٣٣-" الإمام المعصوم يختاره الله ﷻ وأما من يقوم مقامه حال عدم وجـــوده أو غيبته فإنما يعود كيفية اختياره إلى الأمة، فإن شاءت أن تنتخبه انتخابا مباشرا فإن لهـــا ذلك، وإن شاءت أن تنتخبه بواسطة جماعة تنتخبها الأمة لتكون ممثلة لها وتنوب عنها في انتخاب رئيس الدولة الإسلامية فإن لها ذلك ...

(الشاوي) .. رأينا في "تعليق رقم ٣٣-" أن هذا التعليق يؤكد ماقلناه بشأن تعليقه رقم-٣٢- فيما سبق.

(الصدر) ... تعـــليق "رقم -٣٤-" لا يعقل الفسق في الإمام المنصوب من قبل الله ﷻ ولا ينعزل عـــن إمامته وكذلك العجز، فإن منعه عارض من مرض وشبهه من إدارة "الحكومة الإسلامية" بنفسه فهو قادر على إدارتها بواسطة من يعينه من قبله ممن ينوب عنه في إدارتها ...

أمـــا رئيس الدولة الإسلامية المنتخب من قبل الأمة، فلما كان يشترط فيه القدرة والعدالة فمن البديهي سقوطه عن مقامه إذا فقد أحدهما ...

(الشاوي) ... رأيـــنا في "التعليق رقم -٣٤-" الفقرة الأولى : تغالى في إطلاق سلطة الأئمة من آل الـــبيت الاثـــنى عشر حتى إنه يقول إنه لا ينعزل في حالة عجزه عن الإمامة بحجة أنه عليه أن يديرها بواسطة من يعينه لينوب عنه ...

ونحـــن نـــرد على ذلك بأن من يعجز عن مباشرة الولاية بنفسه لاشك أنه يعجز أيضا عن حسن اختيار الشخص الذي يعينه لينوب عنه، ولابد أن يكون محل شك في ملاءمته وصلاحيته.

الفقـــرة الثانية : أما رئيس الدولة المنتخب من قبل الأمة فهو كما قلنا يطبق مبدأ الشورى كاملا صحيحا، وهذا هو ما نؤيده سواء في فقه السنة أو فقه الشيعة في الوقت الحاضر، وحبذا لو اقتدى به في ذلك بعض كتاب السنة ...

---

(١) نفس المرجع صفحة (١٢ : ١٧).

﴿عوده﴾ فسلطة "الإمام" أي "الحاكم" في الشريعة ليست مطلقة، وليس له أن يفعل ما يشاء، و"يدع" ما يشاء، وإنما هو "فرد" من الأمة اختير لقيادتها،-٣٥- وعليه للأمة التزامات وله لى الأمة حقوق،وله من السلطة ما يستطيع أن يؤدي به التزاماته ويستوفي به حقوقه ...

وهو في أداء واجباته واستيفاء حقوقه مقيد بأن لا يخرج على نصوص الشريعة أو روحها ، وذلك طبقا لقوله ﷻ : ﴿ وأن احكم بينهم بما أنزل الله ﴾ [المائدة : ٤٩]. وقوله ﷻ:﴿ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون﴾ [الجاثية:١٨] وقوله ﷻ: ﴿ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون﴾ [المائدة:٤٤].

وإذا كان الإمام أي الحاكم مقيدا بأن يتبع الشريعة وأن يحكم طبقا لنصوصها، فمعنى ذلك أن سلطته مقيدة بنصوص الشريعة فما أباحته له فقد امتد سلطانه إليه، وما حرمت عليه فلا سلطان له عليه والشريعة لا تبيح للحاكم إلا ما تبيحه لكل فرد ولا تحرم عليه إلا ما حرمته على كل فرد..

المبدأ الثاني ... مسئولية الحاكم عن عدوانه وأخطائه ...

وبعد أن بينت الشريعة واجبات الإمام أي الحاكم وحقوقه وحددت سلطته على الوجه السابق جعلته مسئولا عن كل عمل يتجاوز به سلطاته سواء أتعمد هذا العمل أم وقع العمل نتيجة إهماله-٣٦-، ولم تكن الشريعة في تقرير مسئولية الحكام

الصدر ... تعليق "رقم -٣٥-" سواء أكان المختار له هو الله ﷻ إذا كان الحاكم هو أحد الأئمة "الاثنى عشر"، أم كان المختار له الأمة الإسلامية إن كان هو رئيس الدولة الإسلامية في ظرف عدم وجود الإمام المعصوم المنصوب من الله ﷻ وأيام غيبته ...

الشاوى ... رأينا في "تعليق -٣٥-" أن هذا تكرار لما أبدينا "رأينا" فيه، في "البنود" السابقة وما قبلها ... ويسرنا أنه سوى بين الإمام الذى يصفه بأن الله قد اختاره والإمام الذى اختارته الأمة. وهذه أول مرة يسوى فيها بينهما. وقد سبق أن أشرنا إلى أن القول بأن الأئمة من "آل البيت" كان اختيارهم بأمر الله ﷻ لا يوافق عليه أهل السنة "وهم الأغلبية"، ومن حسن الحظ أنه لا ينطبق في العصر الحاضر منذ بدأت "الغيبة" ...

الصدر ... تعليق "رقم -٣٦-" لا يعقل للإمام المعصوم أن يتعمد تجاوز سلطاته أو يهمل بعض ما يجب عليه القيام به، نعم هذا ممكن في رئيس الدولة الذي يقوم مقام الإمام حال عدم وجوده أو غيبته..

الشاوى ... رأينا في "تعليق ٣٦" هذه التعليقات مكررة، وقد سبق أن بينا أن التفرقة بين الأئمة المعصومين وغيرهم غير موجودة في فقه السنة، ولا نرى لها أهمية منذ اختفاء الإمام الثاني عشر... ويؤسفنا أنه عاد ليذكرنا بعصمة الأئمة الاثنى عشر ...

﴿عوده﴾ عن تصرفاهم إلا متمشية مع منطق الأشياء فقد بينت للحاكم حقه وواجبه وألزمــته بأن لا يخرج عن أحكام الشريعة، وجعلته كأي فرد عادي فلم تميزه على غـــيره بأي ميزة، فكان من الطبيعي تحقيقا للعدالة والمساواة واستجابة للمنطق أن يســـأل الحـــاكم عن كل عمل مخالف للشريعة سواء أتعمد هذا العمل أم وقع منه نتيجة إهماله مادام كل فرد يسأل كذلك عن أعماله المخالفة للشريعة[(١)] ...

المبدأ الثالث ... تخويل الأمة حق عزل الحكام :

بينا فيما سبق أن الإمامة -٣٧- تنعقد بناء على عقد يختار فيه الشعب الإمام أي الحـــاكم ويلـــتزم له بالطاعة في مقابل التزام الحاكم -٣٨- بالإشراف على شئون الأمـــة -٣٩- وقيادها في الطريق التي رسمتها الشريعة. وينبني على هذا المنطق أن الحـــاكم الـــذي يقـــوم بمهمته في الحدود المقررة لها يجب له على الشعب السمع والطاعـــة، أما الحاكم الذي لا يقوم بالتزاماته أو يخرج على حدودها فليس له أن

[الصدر] ... تعليق "رقم -٣٧-" بمعنى رئاسة الدولة الإسلامية في ظرف عدم وجود نبي ولا إمام معصوم منصوب من الله ﷻ ...

[الشاوى] ... رأينا فى تعليق "رقم -٣٧-" يراجع التعليق السابق ...

[الصدر] ... تعليق "رقم -٣٨-" فردا كان أو هيئة مكونة من جماعة ...

[الشاوى] ... رأينا في تعليق "رقم -٣٨-" هذا التعليق يشير إلى ما يسمى في العصر الحديث بالقيادة الجماعية عندما يتولى الأمر مجلس رئاسى، وقد أشار دستور الجمهورية الإيرانية إلى عدة مجالس نذكر منها "مجلس الدفاع عن الدستور+ مجلس الخبراء+ ..." ...

ويمكن أن يطبق هذا على المجلس النيابي ذاته، فمن حق الأمة أن تصدر قرارا بحله قبل انتهاء فترة ولايته.

[الصدر] ... تعليق "رقم -٣٩-" بل بالقيام بالصلاحيات التي أعطتها له الأمة ...

[الشاوى] ... رأينا في تعليق "رقم -٣٩-" يراجع رأينا بالنسبة للتعليق (٣١) و(٣٢) فيما سبق ... ويسرنا أنه حرص على إضافة ما يفيد أن تجاوز حدود الصلاحيات التي فوضتها له الأمة في دستورها يُعَدّ تجاوزا لصلاحياته الشرعية ... وحبذا لو تنبه لذلك فقهاء السنة، ومنهم فقيهنا ..

---

(١) سنفصل الكلام على مسولية الحكام عندما نبحث فى سريان الشرعية على الأشخاص، وإنما تكلمنا هنا عن المسئولية بالقدر الذى يظهر مميزات الشريعة وسبقها فى تقرير النظريات فى القوانين ....

(عوده) ينـــتظر من الشعب-٤٠- السمع والطاعة، وعليه هو أن يتنحى عن مركزه لمـــن هو أقدر منه على الحكم في حدود ما أنزل الله، فإن لم يتنح مختارا نحاه الشعب مكرها واختار غيره ...

وهذا الذي يقتضيه المنطق هو نفس حكم الشريعة الصريح، جاء به القرآن وأمر به الرسول، وعمل به "الخلفاء الراشدون" من بعده-٤١- فالله ﷻ يأمر بطاعة أولى الأمر في حـــدود ما جاء به الرسول فيقول: ﴿يأيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمـــر منكم فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليـــوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا﴾ [النساء:٥٩].-٤٢- والرسول ﷺ يقول :

(الصدر) ... تعـــليق "رقم -٤٠- " لأنه بعدم قيامه بالتزاماته يصبح خائنا، ولا يجب إطاعة أمر الخائن ولا امتثال أحكامه ...

(الشاوى) ... رأينا في تعليق "رقم -٤٠-" الحالة التي أشار إليها فقيهنا في الصلب تُسمى في الفقه الدستوري الحديث بتجاوز السلطة أو إساءة استعمالها ...

وتعليق السيد الصدر يؤيد ما قاله فقيهنا من أن ذلك التجاوز يجيز للأمة إنهاء ولاية من اختارته للولاية إذا انحرف بتجاوز السلطة أو إساءة استعمالها. ولا شك فى أن لها هذا الحق من باب أولى، إذا لم تكن هى التى اختارته، وإنما فرض سلطتها بالقوة والغش، خصوصا وأن السيد الصدر وصف حالته بأنها خيانة وليست مجرد خطإ أو انحراف ..

(الصدر) ... تعليق "رقم-٤١-" لا يعتمد فقهاء المذهب الجعفري إلا على من ثبتت عصمته ولم تثبت عصمة أحد من الخلفاء إلا أمير المؤمنين على (ع) ولم يدَّع أحد من المسلمين العصمة لغيره من الخلفاء الراشدين ...

(الشاوى) ... رأينا فى "تعليق -٤١-" مرة أخرى يشير السيد الصدر إلى اعتقاد الشيعة بعصمة الإمام علي وحده ... ولا دليل على ذلك – في نظرى – عند فقهاء السنة وعلمائها. كما أن عدم اعترافهم للخلفاء الراشدين جميعا بالعصمة توجبه أصول شريعتنا ومبادئها العامة .

(الصدر) ... تعـــليق "رقم -٤٢- " الآية المباركة لا دلالة فيها على ما يدعيه المصنف لأنها تأمر المؤمـــنين أولا بإطاعة الله ورسوله وأولي الأمر، ثم تأمر بإرجاع ما يتنازع فيه إلى الله والرسول، فأين دلالتها على تقييد إطاعة أولي الأمر في حدود ما جاء به الرسول؟ ...

(الشاوى) ... رأينا في "تعليق -٤٢-" ما قاله السيد الصدر يناقض ما قاله في التعليق رقم (٤٠) وما قبله ولذلك فإننا لا نقره ...

(عوده) "لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق" ويقول : "إنما الطاعة في المعروف" ويقول في ولاة الأمور: "من أمركم منهم بمعصية فلا سمع له ولا طاعة" ...

وبعــد مــوت الرسول اختار المسلمون أبا بكر خليفة عليهم-٤٣- فكانت أول خطبة يقولها تطبيقا دقيقا لهذه النصوص-٤٤- حيث قال: "أيها الناس قد وليت عليكم

(الصدر) ... تعليق "رقم -٤٣- " لم يختر المسلمون أبا بكر، وإنما اختارته جماعة من أهل المدينة وامتنع عن بيعته "بنو هاشم" و"سعد بن عبادة" وجماعة من المهاجرين والأنصار، أما بقية البلاد الإسلامية فلم يؤخذ رأيها في الخلافة أصلا ...

(الشاوي) ... رأينا في "تعليق -٤٣-" لا نريد مجاراة السيد الصدر في مناقشة رأيه الذي يدور حول عدم وجود إجماع على ولاية الخليفة الأول "أبي بكر"، لأننا قلنا إن اختيار الحاكم يكفي فيه الأغلبية. وكان عليه أن يقول إن الجماعة التي اختارت أبا بكر هم الأغلبية، وإن كل من ذكرهم لاشك هم أقلية بجانب الصحابة وأهل المدينة الذين بايعوا أبا بكر... وإن الالتزام بالشورى معناه التزام الأقلية بما تراه الأغلبية ...

نرجو من السيد الصدر أن يراجع كتاب "معاوية" لسيدنا "علي" ليجد أنه يبني اعتراضه على صحة خلافة الإمام "عليّ" على الزعم بعدم وجود إجماع على ذلك، لأنه هو وأهل الشام لم يبايعوه ... وأن تشكيك السيد الصدر في صحة ولاية أبي بكر مثل تشكيك معاوية في صحة خلافة سيدنا علي، فكيف أجاز ذلك لنفسه ؟!

ومع ذلك فإن هذه مسائل تاريخية لا محل لمناقشتها في هذا المجال ...

(الصدر) ... تعليق "رقم -٤٤-" إن فقهاء المذهب الجعفري لم يعتمدوا إلا كلام من ثبتت عصمته عندهم، ولم يثبت عندهم ولا عند غيرهم من المسلمين عصمة أحد من الخلفاء إلا أمير المؤمنين "علي"(ع) (عند الشيعة)، فلا يصح الاستشهاد بأقوال غيره من الصحابة ولا بأفعالهم (عند الجعفرية).

(الشاوي) ... رأينا في "التعليق-٤٤-" ذكرنا في مناسبات متعددة أن موضوع العصمة لآل البيت لا يوافق عليه أهل السنة وهم الأغلبية، كما أن ما يدعيه السيد الصدر من أن الشيعة لا يوافقون على الاستشهاد بأقوال الصحابة غير سيدنا "علي" فيه غلو؛ لأنهم يستشهدون بكل ما ورد في كتب علمائهم من آراء واجتهادات، وهي ليست أحق بالتقدير مما ينسب إلى الصحابة، وقد قلنا إن آراء الصحابة "بما فيها آراء سيدنا علي" هي اجتهادات وليست في مرتبة الكتاب والسنة، ولكن لا يجوز أن ننكر عليها قيمتها من هذه الجهة بحسبانها اجتهادات أئمة لهم قدرهم واحترامهم.

﴿عوده﴾ ولست بخيركم، إن أحسنت فأعينوني وإن أسأت فقوموني. أطيعوني ما أطعت الله ورسوله فإن عصيت الله ورسوله فلا طاعة لي عليكم" ...

وولي "عمر" المسلمين بعد "أبي بكر" فكان حريصا على إظهار معاني هذه النصوص وتثبيتها في الأذهان، خطب يوما فقال : "لوددت أني وإياكم في سفينة في لجة البحر تذهب بنا شرقا وغربا فلن يعجز الناس أن يولوا رجلا منهم، فإن استقام اتبعوه وإن جنف قتلوه". فقال "طلحة" : "وما عليك لو قلت وإن تعوج عزلوه". قال : "لا، القتل أنكل لمن بعده" ...

هذه هي نظرية الشريعة جاءت بها في وقت كانت فيه سلطة الحاكمين على المحكومين سلطة مطلقة، فلم تكن الشريعة حين قررت هذه النظرية تأتي بما يلائم الجماعة ويصلح لحالها، وإنما جاءت بالنظرية لأنها ضرورية للشريعة الكاملة الدائمة من ناحية، ولترفع بها مستوى الجماعة وتدفعهم نحو الرقي من ناحية أخرى فالنظرية إذن شرعت للتكميل والتوجيه ... وهذه هي النصوص التي تقوم عليها النظرية، جاءت عامة إلى آخر حدود العموم، مرنة إلى آخر حدود المرونة بحيث تنطبق في كل زمان ومكان ولا تضيق بما يمكن أن يستجد من حالات ...

وقد سبقت الشريعة الإسلامية بنظريتها كل القوانين الوضعية في تقييد سلطة الحكام، وتعيين الأساس الذي تقوم عليه علاقة الحاكمين بالمحكومين، وفي تقرير سلطان الأمة على الحكام وأول قانون وضعي اعترف بعد الشريعة بسلطان الأمة على الحكام هو القانون الإنجليزي، وكان ذلك في القرن السابع عشر الميلادى، أي بعد أن قررت الشريعة نظريتها بأحد عشر قرنا، ثم جاءت الثورة الفرنسية في نهاية القرن الثامن عشر وعلى أثرها انتشر هذا المبدأ في القوانين الوضعية ...

وتسير القوانين الوضعية في تقرير النظرية على هدى الشريعة الإسلامية، فتجعل الحد بين الحاكمين والمحكومين الدستور الوضعي الذي يبين حقوق الأفراد والجماعات والحكام، ومدى سلطان كل، كما جعلت النظرية الشرعية الحد بين "الحاكمين والمحكومين" نصوص "الشريعة" وهى الدستور الإسلامي ...

= ولا يجوز الاستناد إلى عدم اعتراف أهل السنة بعصمة أبي بكر لإنكار أهمية المبادئ الأساسية التي تضمنها خطابه، خصوصا أنها تطبيق صريح للمبادئ الإسلامية ولا نعتقد أن الشيعة يجادلون في صحتها ولا في أهميتها ...

28 - نظرية الولاية التعاقدية أو حق الأمة فى تعيين الحكام وتقييد سلطتهم ومحاسبتهم وعزلهم عند الاقتضاء :

هـــى مـــتفرعة من نظرية الشورى، وكلتاهما أساس لتقييد سلطة الحكام : لأن مقتضى نظرية الشورى أن أمر الجماعة تقرره بالشورى، بما فى ذلك اختيار من يتولى أمـــرا من أمورها وتفوضه لذلك، فهو نائب عنها وممثل لها، ومقتضى هذه النيابة أن يكـــون مســـئولا أمامها أو أمام من تختارهم لمحاسبته ومساءلته، فولاية أمور الجماعة مســـئولية من تختاره الأغلبية ويلتزم بما تقرره الشريعة والجماعة من حدود لسلطته ويخضع للمراقبة والمحاسبة من الأمة أو من يمثلونها.

فضـــلا عن ذلك فإن قرار التفويض"الذى يوصف بأنه بيعة"له طبيعة تعاقدية[1]. ومقتضى ذلك أن لكلا الطرفين أن يضمن هذا العقد ما يراه من قيود وشروط يلتزم بهـــا الطـــرف الآخر وأول هذه القيود ما قررته الشريعة مما يستمد من طبيعة المهمة موضـــوع التعاقد. فأولياء الأمور التنفيذية لايجوز لهم أن يتجاوزوا حدودها، وليس لهم أن يتدخلوا فى شئون التشريع والقضاء لأنهم يحاسبون بمقتضى الشريعة ويخضعون لأحكامهـــا، وليس من المقبول أن يكون لهم تغيير المبادئ أو الأحكام التشريعية أو القضـــائية أو القـــرارات الشورية الصادرة من الجماعة التى أوكل لها الشرع مهمة اختيارهم ومحاسبتهم ومساءلتهم .

إن نظـــرية "البيعة الحرة" أساسها أن الولاية عقد، وتعنى الالتزام بمبدإ المسئولية والمحاســـبة والقيود التى يلتزم بها من يمارسون السلطة التنفيذية باسم الجماعة ونيابة عـــنها وبـــتفويض مـــنها، ولذلك فإن "نظرية الولاية التعاقدية" هى أساس القيود والمساءلة والرقابة على من يمارسون السلطة كما هو واضح فى الأصل بكل تفصيل.

مـــن أهم ما يؤكده فقيهنا هو أن الشريعة هى الدستور الإسلامى الذى يلتزم الحكام وولاة الأمـــور به[2] ويساءلون بمقتضاه ؛ ولذلك فإن المطالبة بتطبيق الشريعة أصبحت مطلبا شعبيا؛ لأن أول مبدإ دستورى فيها هو مساءلة الحكام ومحاسبتهم وتقييد سلطتهم.

---

(1) يراجع كتابنا فقه الشورى والاستشارة البند (62) بعنوان: "الأساس التعاقدى لحكومة الشورى".

(2) بما فى ذلك من يتولون ما يسمونه الآن السلطة الدستورية و"سلطة التشريع "،فهم أول من يلتزم بأن تكون الشريعة هى مصدر ما يضعونه من دساتير أو تقنينات شرعية حتى لا تتحول إلى "قوانين وضعية".

❁ شرعية السلطة تقوم على حرية الشورى وسيادة الشريعة :

إن شريعتنا جعلت الزواج تعاقدا مدنيا تنشأ عنه التزامات متبادلة على كلا الطرفين، وكذلك جعلت ولاية السلطة العامة فى المجتمع تعاقدا له أحكامه وشروطه التى تتناسب مع موضوعه بحسبانه عقدا من عقود القانون العام كما يقال فى عصرنا الحاضر. ويترتب على ذلك أن كلا الطرفين له أن يدخل فى هذا التعاقد شروطا إذا قبلها الطرف الآخر صارت ملزمة له ومحددة لسلطانه، وهذا هو أساس الالتزام بالدستور فى عصرنا الحاضر، لأنه يبين الشروط التى تضعها الأمة ليلتزم بها من تختاره لولاية السلطة العامة؛ ولذلك تسير جميع النظم العصرية على أن يقسم رئيس الدولة، وكل من يتولى السلطة العامة على الالتزام بأحكام الدستور، فهو فى شريعتنا ليس إلا قائمة بشروط عقد "الولاية العامة" أو "البيعة" الحرة الاختيارية السابقة على توليه السلطة .

وقد أشار إلى أن الشريعة وضعت ثلاثة مبادئ كأساس لشرعية الحكم، وهى كلها نتيجة لنظرية "الولاية التعاقدية" (1) :

المبدأ الأول: وجود حدود وقيود لسلطة كل حاكم، وهى –فى نظرنا– نوعان، هما:

1 – ماتضعه الأمة فى دستورها الذى عددناه متضمنا شروط عقد الولاية أو عقد البيعة الحرة الذى يلتزم به من يختار للولاية وممارسة السلطة .

2 – أهم القيود هو تطبيق مبدإ سيادة الشريعة فى الحكم الإسلامى، وقد أشار له أبو بكر الصديق فى خطابه الدستورى يوم مبايعته بالولاية "الخلافة" عندما قال : "أطيعونى ما أطعت الله ورسوله،فإن عصيتهما فلاطاعة لى عليكم". ويقتضى هذا أن كل سلطة فى الدولة لها حدود وقيود وأن أولها أن كل من يتولى السلطة يلتزم هو وجميع من يمارسون السلطة بالمبادئ الأساسية الواردة فى الكتاب والسنة دون حاجة للنص على ذلك فى البيعة أو فى الدستور؛ لأن الشعوب المسلمة عندما تختار حاكما أو تضع نظام حكم تفترض أنه سيكون إسلاميا، وعندما ينص فى الدستور على أن دين الدولة الإسلام،تفهم الجماهير من ذلك أن الإسلام هو الشريعة، والشريعة تلزم كل شخص سواء كان مسئولا أو غير مسئول بمبادئ الكتاب والسنة. يؤكد ذلك أن العمل جرى على أن يذكر فى البيعة أنها تتم على كتاب الله وسنة رسوله، كما هو الحال فى عقود الزواج .

لذلك فإن النظم الانقلابية فى بعض دولنا كانت تحاول استبعاد النص على أن

---

(1) ص 42 من الأصل .

❁ الولاية التعاقدية تعنى سيادة الأمة وحريتها فى الاختيار :

الدولـــة إســـلامية، وبعضها يقبله على أنه فقط لإرضاء الجماهير دون أن تلتزم به؛ وذلـــك لأن أول مـــا يرفضون الالتزام به هو مبدأ سيادة الأمة، أى حقها فى محاسبة حكامها وتغييرهم. والذين يريدون التنكر لسيادة الأمة يبدءون عادة بالتنكر لسيادة الشـــريعة ذاتهـــا، لأن حق الأمة فى اختيار من يتولون السلطة بكامل حريتها هو من أصول الشريعة، وقد عبر عنه "عمر بن الخطاب" بقوله المشهور:"من تولى الأمر بدون مشورة من المسلمين فاقتلوه"، كما قال فقيهنا فى الصلب .

المـــبدأ الثانى : هو مسئولية كل من يتولى السلطة عن أعماله أمام الأمة التى يعمل باسمها ولحسابها،حتى ولو كان مغتصبا للسلطة قد فرض ولايته بالقوة أو العصبية.

المـــبدأ الثالث : حق الأمة فى عزل حكامها إذا انحرفوا. أما القتل الذى أشار إليه عمر فيكون جائزا إذا لم يكن هناك وسيلة سلمية لهذا العزل .

كل هذه المبادئ تفرضها نظرية "الولاية التعاقدية". فلايجوز لأحد الاستيلاء على الســـلطة بانقلاب عسكرى فى جنح الليل، ولايجوز لحزب أن يحتكر السلطة ويجعل اخـــتيار الرؤساء أوالنواب من حقه وحده، بحجة أن الترشيح يكون بقرار من جهة سياســـية حزبية أو مفروضة على الأمة، وتحرم الأمة من حقها فى ترشيح غيره، لأن القيود على الترشيح هى قيود على حرية الانتخاب .

وحـــق الشعب فى اختيار الحاكم لاقيمة له إذا لم يكن له الحق فى محاسبته والرقابة عـــليه، وعـــلى من يعملون باسمه. وعادة تتولى هذه الرقابة مجالس أو هيئات يختارها الشـــعب بكـــامل الحرية. أما إذا كان الحكام يتدخلون فى إجراءات انتخابات هذه الهيئات ويتخذون إجراءات لتزويرها أو تزييفها، فإن هذا تنكر لحق الشعب فى مراقبة الحكـــام وهو حق ثابت له دائما، سواء كان هو الذى اختارهم أو فرضوا سلطانهم بالقوة والغلب والتهديد الذى قد يصل إلى حد حرمانه من الحق فى الإشراف عليهم ومساءلتهم، وكل هذا يُعَدّ اعتداء على سيادة الأمة وحقوقها الشرعية الثابتة، سواء مارســـتها بطريق مباشر أو بواسطة نواب لها الحق شرعا فى أن تختارهم لذلك بحرية كامـــلة وانـــتخابات حرة، وتجعلهم بذلك أهل الحل والعقد الذين يسمع لهم الناس ويطيعونهم لأنهم هم الذين اختاروهم .

لقـــد عبر فقيهنا عن نظرية "الولاية التعاقدية" بقوله : "إن الإمامة أو الخلافة كما يرى الفقهـــاء عقـــد لا ينعقد إلا بالرضا والاختيار". والمقصود طبعا هو الاختيار الحر، وقد دافـــع الأئمـــة جميعا عن مبدإ أن الإكراه بجميع صوره يبطل البيعة الاختيارية، وهى التعبير الشرعى عن عقد الولاية أو حرية اختيار من يتولى السلطة التنفيذية .

التبعية للقوى الأجنبية المعادية تعادى الشريعة وتعادى حرية الشورى فى بلادنا لأنها تعلم مدى تمسك شعوبنا بمبادئ الشريعة – وخاصة منها وجوب الجهاد ضد من يحتلون أرضنا أو يفرضون نفوذهم على حكامنا :

ثم إنـــه حتى ولو كان الحاكم مغتصبا، واستولى على السلطة بالغلب والقوة كما حدث فى أغلب عصور تاريخنا ، فإنه يبقى ملتزما بالشريعة ، ولا يجوز له التنكر لها، أو القيـــام بمـــا يـــتعارض مع أحكامها،كما أن للأمة حق الإشراف عليه ومحاسبته وعـــزله"أى طرده"، ولو اقتضى ذلك المقاومة طبقا لمبدإ الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، الذى هو مبدأ أساسى تميزت به شريعتنا عن غيرها من الشرائع .

دليل ذلك أن مغتصبى السلطة ومن فرضوا ولايتهم بالغلب وقوة الجيش والعصبية كـــانوا يلزمون الناس بما بعثهم، وكانت البيعة المفروضة دائما على كتاب الله وسنة رسوله، أى التزام الجميع أحكام الشريعة.

ومـــن المؤكـــد أن من كانوا يبايعون على هذا الأساس كان أول ما يهمهم استقامة الحكام والتزامهم بالشريعة أكثر مما يهتمون بنسب من يبايعونه أو كيفية وصوله للسلطة.

وتـــنكر الحكام للشريعة ليس كله على مستوى واحد.فهناك من يكتفى بتعطيل الشورى فى اختيار الحكام، لكنه يلتزم باستقلال الفقه والتشريع، واستقلال القضاء.. هذا هو ما حدث فى جميع عصور التاريخ الإسلامى .

أما فى عصرنا الحاضر فإن هناك نظما استبدادية قهرية لا تقف عند هذا الحد، بل تجاوزتـــه إلى إعلان عدم تطبيق الشريعة لا فى حرية البيعة فقط بل أيضا يعطلونها فى القوانـــين وفى القضـــاء، وهذه هى المشكلة القائمة بين كثير من شعوبنا وبين النظم الحاكمـــة الـــتى كثيرا ما يعتذر بعض المسئولين فيها عن ذلك بأن دولا كبرى وقوى أجنبية تفرض عليهم ذلك .

لقـــد استقر فى ذهن الأفراد والجماهير أن هناك ارتباطا بين التبعية لتوجيهات القوى الأجنبية والدول الكبرى، وبين التنكر للشريعة وإعلان تعطيلها، حتى أصبح عدم الالتزام بالشريعة من الشروط المعلنة لكل حاكم يطلب من الدول الأجنبية قروضا أو مساعدات أو حـــتى مجـــرد رضاء بعض الدول الكبرى والقوى العالمية، وما يسمونه النظام العالمى الخاضـــع لإرادتهـــا، وأصـــبحت بعض الدول الكبرى تعلن عداءها لأى حكومة ترفع شـــعارات إســـلامية أو تعلن حرصها على تطبيق الشريعة، ولو كان ذلك جزئيا أو على مـــراحل، و تَعُـــدُّ مجرد الإعلان عن ذلك تحديا لها وخروجا على طاعتها يبرر لها دعوة "الـــنظام العالمى" لكى يقاطعها، وتحريض الدول المجاورة لها على محاصرتها والاعتداء على حدودها ومساعدتهم مقابل ذلك بالمال والسلاح والخبراء والتأييد السياسى المعلن الصريح.

﴿عوده﴾ ٢٩ ـ *نظرية الطلاق* ... أباحت الشريعة الإسلامية للرجل أن يطلق المرأة سواء دخل بها أم لم يدخل، ولو لم يقم دليل ظاهر على أن ضررا حدث للرجل من الزواج فالأمر في تطليق المرأة متروك للرجل ...

وأبــاحت الشريعة للمرأة أن تطلب من القضاء أن يطلقها على الزوج إذا أثبتت أنه يضارها–٤٥– ضررا ماديا أو أدبيّا، أو لا يؤدي لها ما توجبه الشريعة على الزوج من حقوق للزوجة–٤٦– ...

وأســاس الفرق بين الرجل والمرأة في استعمال حق الطلاق، أن للرجل حق القوامة والرئاســة فيما يتعلق بشئون الزوجية(١) وهو الذي يتحمل وحده أعباءها المالية، فهو ملزم بمهر الزوجة ونفقات الزواج، وملزم بالإنفاق على الزوجة من يوم العقد، ولو لم تنــتقل إلى بيته، وملزم بالإنفاق عليها وعلى أولادها منه، فأعطي له حق الطلاق مطلقا من كل قيد في مقابل هذه المسئوليات الجسيمة. وفي هذا مصلحة للمرأة من وجه آخر؛ لأن إلــزام الرجل ببيان أسباب الطلاق قد يؤدي إلى تلويث سمعة المرأة، وحرمانها من الزواج بعد ذلك. أما المرأة فأعطى لها حق الطلاق مقيدا بحصول ضرر مادي أو أدبي، –٤٧– وفي هــذا ما يتفق مع تقديم الرجل عليها درجة في شئون الزوجية، وما يحميها حمايــة كافية من تعنت الزوج، وما يحمي الزوج في الوقت نفسه من أن تسيء الزوجة استعمال حقها في طلب الطلاق...

الصدر ... تعليق "–٤٥–" حتى تصبح الزوجية ضررية عليها، أو يصبح تحملها حرجيا وشاقا عليها.

الشاوي ... رأيــنا في "تعليق –٤٥–" هذا التعليق مثل أغلب تعليقاته على موضوعات الزوجية والأســرة، تؤيــد في عمومها آراء فقيهنا، لكننا سنلاحظ أن فيها إنصافا أكثر ومراعاة أكثر لحقوق المرأة، وهو اتجاه محمود فى فقه الشيعة، نحن في أشد الحاجة إليه ...

الصدر ... تعــليق "–٤٦–" فيخيره الحاكم بين الطلاق والإنفاق، فإن امتنع عنهما طلق الحاكم زوجــته. وأمــا من قصر في بقية الحقوق ولم يمكن للحاكم إلزامه بها، فإن أمكنها الصبر وجب عليها أن تصبر، وإن كان الصبر مضرّا لها وشاقّا عليها مشقة تبلغ الحرج فيطلقها الحاكم أيضا.

الشاوي ... رأيــنا في "تعليق –٤٦–" هذا التعليق يؤيد ما قلناه فيما سبق؛ لأنه يعطي للقاضي الحق في إنصاف الزوجة بتطليقها إذا وجد أن تعنت الزوج فيه ضرر لها ...

الصدر ... تعليق "–٤٧–" : على التفصيل الذي مر علينا قريبا ...

الشاوي ... رأينا فى "تعليق –٤٧–" : يراجع رأينا في التعليق – ٤٦ – ...

---

(١) راجع الفقرة رقم (٢٢) ...

عوده وإذا كانت الشريعة قد أعطت الرجل حقَّ الطلاق مطلقا-٤٨- من كل فإنها قد فرضت عليه في مقابل ذلك واجبات قصد منها حماية الزوجة وحفظ مصلحتها والطلاق إما أن يكون قبل الدخول، وقبل فرض مهر للزوجة، وإما أن يكون الدخول وبعد فرض مهر للزوجة، وإما أن يكون بعد الدخول، وفي كل حالة من الحالات ألزمت الشريعة الرجل بالتزامات مالية لا مفر منها عليه أن يؤديها للم وهـذه الالـتزامات تعتبر من ناحية تعويضا للمرأة، كما أنها من ناحية أخرى تـ الرجل على أن يفكر كثيرا قبل استعمال حق الطلاق ...

الطلاق قبل الدخول وفرض المهر ... إذا طلق الرجل المرأة قبل أن يدخل بها يفـرض لهـا مهرا فعليه أن يمتعها أي يعوضها عن الطلاق بما يقتضيه العرف، أي تعارف أمثال الزوج ومن هم في طبقته على أدائه للمرأة في مثل هذه الحالة. والمقص بالأمـثال أن يكونـوا مثله من الناحية المالية وذلك قوله ﷻ:﴿لا جناح عليكم طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره و المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين﴾ [البقرة:٢٣٦] ...

الطـلاق قبل الدخول وبعد فرض المهر... وإذا طلق الرجل زوجته قبل الدخ وبعـد فرض المهر فهو ملزم بأن يدفع لها نصف المهر تعويضا عن الطلاق طبقا لقـ ﷻ:﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فر إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح﴾ [البقرة:٢٣٧] ...

الطلاق بعد الدخول ... أما إذا طلق الرجل المرأة بعد الدخول فهو ملزم لها بـ المهر ولو كان أكثره غير حال،-٤٩- وعليه أن يسلمها كل ما قدمه لها بمناسبة الز

الصدر ... تعـليق "رقـم -٤٨-" بمعنى أنها لم تحرمه عليه، ولكنه قد نهى عنه بالنهي الكر الشديد، حتى ورد في بعض الأخبار أن الطلاق أبغض الحلال إلى الله، وأن الله ليكره مجلسا فيه الطلاق. ومن البديهي أن المسلم لا يقدم على عمل يكرهه الله ﷻ ما لم يكن مضطرا إلي

الشاوى ... رأيـنا في "تعـليق -٤٨-" هذا التعليق يدل على اتجاه الفقه الشيعي إلى تقييد الـزوج في الطلاق، ونتمنى أن تتجه مذاهب السنة إلى ذلك، ونفضل هذا الرأي على ما يـ من قول فقيهنا بأن هذا حق مطلق ...

الصدر ... تعليق "-٤٩-" اختلف فقهاء المذهب الجعفري في هذه المسألة، فذهب بعضهم إلى المؤجـل يكون حالا بالطلاق وأنكر ذلك آخرون، والرأي الراجح عندنا هو الأول؛ لأن اشتـ تـأجيل بعـض المهر أو جميعه بحسب ارتكاز الزوجين إنما هو في ظرف بقاء الزوجية لا في ظـ انقطاعها بطلاق أو بموت الزوج، فلا يجب على الزوجة انتظار الأجل المضروب للمطالبة ببقية المهـ

الشاوى .. رأينا في تعليق "-٤٩-" يسرنا أنه يؤيد رأي فقهاء السنة الذي أشار إليه فقيهنا في الصلب.

(عوده) أو ما ملكها إياه في حال الزوجية سواء كان ملزما به أم متفضلا به عليها، وذلك طبقا لقوله ﷻ:﴿وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا﴾ [النساء:٢٠] ...

وعلى الزوج بعد ذلك أن ينفق على الزوجة حتى تستوفي عدتها وتصبح بذلك أهلا للزواج من غيره. وتختلف عدة المطلقة بحسب ما إذا كانت حاملا أو غير حامل فإن كانت حاملا فعدتها أن تضع حملها طبقا لقوله ﷻ : ﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾ [سورة الطلاق:٤]. وإن لم تكن حاملا فعدتها أن تمر عليها ثلاثة قروء طبقا لقوله ﷻ : ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾ [البقرة:٢٢٨]. والقرء هو الحيض على رأي والطهر من الحيض على رأي آخر-٥٠- ...

وأول ما يلاحظ على النصوص التي جاءت في الطلاق أنها نصوص مرنة وعامة إلى آخر حدود العموم والمرونة، ومن ثم كانت صالحة لكل عصر ولكل مصر، ولم تكن في حاجة إلى التعديل أو التبديل، ولقد أثبت ذلك الزمن نفسه حيث مر على هذه النصوص أكثر من ثلاثة عشر قرنا، وهي لا تزال على ما كانت عليه يوم نزولها من الجدة والصلاحية والسمو ...

وإذا كانت الشريعة الإسلامية قد قررت حق الطلاق للزوجين من ثلاثة عشر قرنا، وأحاطته بهذه الضمانات القوية العادلة، فإن العالم المتحضر لم يعرف هذا الحق، ولم يعترف به إلا في القرن العشرين، بل كان البعض يأخذون على الشريعة أنها جاءت

= ونحن مندهشون من أن يوجد في الجعفرية رأي يخالف ذلك رغم ما لاحظناه من اتجاههم إلى مزيد من الحماية للمرأة ...

(الصدر) ... تعليق رقم " ٥٠ " وهو الرأي الراجح عند فقهاء المذهب الجعفري واستندوا إلى أخبار معتبرة رواها علماؤهم، ويشهد لصحة ذلك من طرق إخواننا حفاظ أهل السنة والجماعة الخبر الذي يذكره "ابن رشد" في الجزء الثاني من كتابه بداية المجتهد ص (٩) عن النبي ﷺ أنه قال مرة: "فليراجعها حتى تحيض ثم تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم يطلقها إن شاء قبل أن يمسها، فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء" ...

(الشاوى) ..رأينا في تعليق ... رقم " ٥٠ " هنا أيضا نلاحظ أنه يعطي اعتبارا كبيرا لرأي فقهاء السنة والجماعة، ونحن نرجو أن يواصل ذلك فقهاء الشيعة وفقهاء السنة معا للتقريب بين المذاهب ...

﴿عوده﴾ مقررة لحق الطلاق. ثم دار الزمن دورته وجاء عصر العلوم والرقي وتقدمت الأمـــم، وتفتحت العقول فرأى العلماء والمفكرون أن تقرير حق الطلاق نعمة على المـــتزوجين، وأنـــه الطريق الوحيد للخلاص من الزواج الفاشل، ومن سوء العشرة والآلام النفســـية، وأن الطـــلاق هو الذي يحقق سعادة الزوجين إذا فشل الزواج في تحقيقها، وأنه يحفظ الرجل والمرأة من التعرض للأخطاء ووساوس الشيطان-٥١- ...

ولا يكـــاد اليـــوم قانون وضعي من قوانين الأمم المتحضرة يخلو من النص على الطـــلاق والاعـــتراف به، ولكن هذه القوانين تختلف في مدى الأخذ بمبدإ الطلاق ، فالـــبعض يتوسع في تطبيق المبدإ، والبعض يضيق من الدائرة التي يطبق فيها، فالقانون الروســـي يـــبيح الطلاق للرجل والمرأة دون قيد ولا شرط، فهو يأخذ بالمبدإ الذي وضعته الشريعة للرجل ويطبقه على المرأة والرجل معا، وقوانين بعض الولايات التابعة لـــلولايات المـــتحدة الأمريكية تبيح للرجل والمرأة معا حق طلب الطلاق إذا أثبت الطالب أن الآخر يضاره ضررا ماديا أو أدبيا ، فهذه القوانين تأخذ بالمبدإ الذي قررته الشريعة حقا للمرأة وتطبقه على الرجل والمرأة معا ...

[الصدر] ... التعـــليق "رقم -٥١-" وهناك الشرائط التي قيد بها الشارع الطلاق من كونه أمام شـــاهدين عدلـــين كمـــا يدل على ذلك قوله ﷻ في سورة الطلاق(٢): ﴿فإذا بلغن أجلهن فأمســـكوهن بمعـــروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم وأقيموا الشهادة لله ذلكـــم يوعـــظ به من كان يؤمن بالله واليوم الآخر ومن يتق الله يجعل له مخرجا﴾ ويشترط أن تكـــون في طهر غير مواقع فيه، وأن يكون الطلاق عن رضا واختيار ومنع الزوج من إخراج زوجته من البيت أثناء العدة وأباح له العود إليها متى شاء فإنه مع هذه الأحكام لو كان يمكن لهذه الزوجية أن تسعد الزوجين لما تم هذا الطلاق إذ لما وجد للزوج طهر لم يواقع فيه ولما بقي متجنـــبا عـــن زوجـــته حتى يجد الشهود العدول، ولما امتنع من الرجوع إليها وهي في عدتها. فاســـتكمال شرائط الطلاق وعدم رجوعه إليها في العدة دليل عدم إمكان الوئام بين الزوجين وعدم إمكان الزوجية السعيدة بينهما ...

[الشاوي] ... رأيـــنا في "تعليق -٥١-" يشير المعلق الشيعي الإمام الصدر إلى الشرائط التي قيد بها الشارع الطلاق (الصادر من الزوج) مثل كونه أمام شاهدين عدلين، وهو في نظرنا شرط معقول ويـــرجحه نص الآية الكريمة في سورة الطلاق: ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم ... ﴾. يضاف إلى ذلـــك مـــا قرره في تعليقه من منع الزوج من إخراج زوجته من البيت أثناء العدة ، وسنرى فيما بعـــد تعـــليقا على البند -٣١- فروقا أخرى بين فقه الشيعة والسنة بشأن شروط الزواج ويمتاز الشيعة بتقليل شروط صحة الزواج، لتسهيله وتقييد الطلاق بخلاف مذاهب السنة ...

<عوده> وأكثر القوانين الوضعية تبيح الطلاق بناء على طلب أحد الزوجين في حدود ضـــيقة ولأسباب معينة ، فهذه القوانين تطبق على الرجل والمرأة ما جعلته الشريعة حقا للمرأة، ولكنها تحدد أسباب الطلاق وتضيق من دائرتها ...

وهكذا بدأ العالم بعد ثلاثة عشر قرنا يعترف بنظرية الشريعة الإسلامية في الطلاق ويـــأخذ بهـــا ، وقد لا يمضي القرن العشرون حتى تتوسع القوانين الوضعية في إباحة الطلاق وتطبيق نظرية الشريعة بحذافيرها ...

ونستطيع أن نتبين مما سبق أن العالم لم يكن مهيأ لقبول نظرية الطلاق يوم نزلت بها الشـــريعة ، وأن وجـــود هذه النظرية في الشريعة اقتضته ضرورة تكميل الشريعة بما تحـــتاج إليه الشريعة الكاملة الدائمة من نظريات ، وقصد منه رفع مستوى الجماعة ودفعها نحو الرقي والكمال ...

❁ 29 – نظرية الزواج التعاقدى وإباحة الطلاق :

استحدثت الشريعة بناء الأسرة على أساس تعاقدى، وأصبح الزواج عندنا عقدا رضائيا، ويسرت إجراءاته توفيرا لأسباب العفة والانضباط فى العلاقات الجنسية لوقاية المجتمع من الانزلاق نحو التسيب فى ممارستها بدون زواج وتجعل الإنسان كالحيوان بحجة ما يسمونه "الحرية الجنسية" (التى تدعو لها النظم اللادينية والعلمانية العصرية). أما فى شريعتنا فإن الزواج هو أساس المجتمع، وقد وصفه القرآن بأنه ميثاق غليظ لإعطائه مزيدا من الاحترام[1] .

كانت الشرائع السابقة تغالى فى تقديس الزواج وتحيطه بمراسم وطقوس تجعله ارتباطا دينيا مقدسا لا فكاك منه إلا بالموت[2]، لكن شريعتنا جعلته ميثاقا يتم باتفاق إرادة طرفيه حتى يكون نجاحه أو فشله مسئوليتهما، وبذلك يكون استمراره واستقراره وقداسته بأيدى الزوجين المتعاقدين لا قدرا مفروضا عليهما من كنيسة أو ما يماثلها. وككل عمل أو مشروع إنسانى لابد من توقع نسبة من النجاح، ونسبة من الفشل، لذلك أقرت شريعتنا ما يسميه شهيدنا نظرية الطلاق كنتيجة حتمية لنظرية الزواج التعاقدى الرضائى، الذى يمكن أن ينتهى بالطلاق سواء تم بقرار أحد الزوجين أو اتفاقهما أو قرار قضائى فى حالة عدم الاتفاق، ولكنه فى جميع الأحوال أبغض الحلال عند الله – وإنما أجازه عند الضرورة فقط – لذلك فإننا لانقر وصفه الطلاق بأنه نظرية عامة، بل هو فى نظرنا مجرد حكم استثنائى اقتضته الضرورة،وهو من نتائج نظرية "الزواج التعاقدى"، أو الرضائى. واعتبار أن أساس الزواج ميثاق رضائى لايتعارض مع أنه يترتب عليه مراكز قانونية لجميع أفراد الأسرة – مثل عقد العمل أو غيره من العقود المهمة حيث تنظم الشريعة ماينشأ عنها من مراكز قانونية بأحكام آمرة لايجوز للطرفين الاتفاق على مايخالفها – وإن كان لهم إضافة شروط أخرى فى النطاق الذى حددته الشريعة.

---

(1) الآية 21 من سورة النساء.وقد ذكر الشيخ شلتوت أن وصف القرآن له بأنه ميثاق قصد به تمييزه عن العقود الأخرى (الإسلام عقيدة وشريعة ص : 147).

(2) بل وصلت بعض المجتمعات الهندوكية إلى حد القول بأن تشارك المرأة زوجها فى الموت وتلقى بنفسها حية مع جثته فى المحرقة – حتى لا تنفصل عنه بموته ولايفرق بينهما موت الزوج، أما موت الزوجة فلا يلزم زوجها بشيء ...

❁ عدم زواج المسلمة بغير مسلم ضمان لوحدة الأسرة :

ويلاحـــظ أن الكنائس المسيحية بدأت بتحريم الطلاق،ومازالت بعضها تصر على ذلك، وتجعل الزواج إجراء دينيا تقوم به الكنيسة، وله طبيعة كنسية مقدسة. وكثير من الدول الأجنبية تحاول الخروج من دائرة الزواج الكنسى وتسعى إلى جعله عقدا مدنيـــا يمكن إنهاؤه بالطلاق، وبعضهم يتباهون بهذا المبدإ ويعتبرونه عصريا ويدَّعون أنهـــم اكتشفوه وأنه من مستحدثات التقدم الأوربى الأمريكى، فى حين أن الشريعة سبقتهم لذلك بألف عام، فشرعت الطلاق وأحاطته بمجموعة من الأحكام والتدابير لعلاج مايترتب عليه من تفكيك الأسرة وتخفيف مساوئه وآثاره وعدم الإسراف فيه.

من المعروف فى فقهنا أن الزوجة لها الحق فى أن تشترط فى عقد الزواج أن يكون لها حق تطليق نفسها، وفى هذه الحالة يكون الطلاق من حق أى من الزوجين .

أفـــاض "القاضـــى عوده" فى مزايا نظرية الزواج التعاقدى التى فرضتها الشريعة وســـبقت بها دعاة المدنية الحديثة الذين ما زالوا حتى الآن يجاهدون لتحويل الزواج الدينى إلى عقد مدنى، وما يترتب على ذلك من إباحة الطلاق، ولاينجحون فى ذلك إلا بصعوبة وبعد كفاح مرير فى بعض المجتمعات "المتقدمة".

ومع ذلك، فمازالت طائفة من "النسائيين"[1] يهاجمون بعض أحكام الشريعة التى تحكـــم الأســـرة، دون أن يخطـــر ببالهم الاعتراف بالنقلة الخطيرة التى ميزتها عن الشرائع القديمة بتقرير مبدإ الزواج كعقد رضائى قابل للإنهاء بالطلاق.

شـــريعة الإسلام تميزت باعتبار الزواج عقدا رضائيا لايحتاج لصحته إلى أن يعقد أمام جهة رسمية دينية أو مدنية.

كـــل مـــا هنالك أن شريعتنا أوجبت أن يكون علنيا، ومذاهب السنة ترى أنه يكفى لهذه العلانية حضور شاهدين على الأقل. ويندب أن يضاف لذلك مظاهر من "الفـــرح" والابـــتهاج التى تناسب ظروف الزمان والمكان، ولكن التجاوز عن هذه المظاهـــر لايعيـــب العقد ولايبطله ولا يؤدى إلى الطعن فيه شرعا طالما أنه تم بحضور شاهدين؛ بل إن فقه المذهب الجعفرى لا يستلزم لصحة الزواج حضور شاهدين طالما أنه تم فى علانية حسبما تقرره ظروف كل مجتمع .

---

[1] تعبير أوربى يشير إلى من يرفعون شعار "تحرير المرأة".

۞ الزواج عقد رضائي لايحتاج إلى جهة رسمية حكومية أودينية :

المتفق عليه فى جميع مذاهب فقهنا أن شريعتنا حررت الزواج من الطقوس التى تفرضها بعض الشرائع السابقة التى ترى أن تدخل "الكنيسة" شرط لصحة الزواج "الدينى" لأن الله سبحانه وتعالى هو الذى يربط بين الزوجين والكنيسة هى بنت الله التى تمثله. ولاتبيح الكنيسة إنهاءه بالطلاق، لأن ما قرره الله من ارتباط بين الزوجين لايجوز لأحد أن يضع له حدا – ولكنهم اضطروا إلى إجازة مايسمونه الانفصال البدنى، مع بقاء الزوجية نظريا فقط. والقوانين الوضعية فى أوربا تتجه إلى تحرير الزواج من الطابع الدينى بحجة فصل الدين عن الدولة – أو العلمانية – وتسمى الزواج فى هذه الحالة زواجا "مدنيا". لكن هذه القوانين قد أوجبت أن يتم الزواج أمام جهة "مدنية" أى سلطة حكومية تمثلها الجهة التى تختلف من بلد إلى آخر. ولم تصل هذه القوانين الوضعية إلى ماوصلت إليه الشريعة من حسبان الزواج عقدا رضائيا، وهذا ما يتجاهله "العلمانيون" الذين يطالبوننا بالزواج "المدنى" مع أننا تجاوزنا هذه المرحلة منذ فجر الإسلام – وهم لن يصلوا إليه إذا أرادوا إلا بعد قرون طويلة.

لكن هؤلاء الذين يتغنون بالمطالبة بالزواج المدنى فى بلادنا يقعون فى خطأين:

1 – أنهم ينسون أن الزواج المدنى فى التشريعات الوضعية ليس رضائيّا كما هو فى شريعتنا، بل يبقى الزواج عقدا رسميا أمام جهة حكومية معينة، فى حين أن شريعتنا قد حررته من هذا الشرط، فمطلبهم هذا يُعَدّ رجعيا بالنسبة لنا.

2 – أنهم يريدون من هذا الشعار إلغاء شروط موضوعية معينة يرى الفقه وجوبها، أساسها تضامن الأسرة ووحدتها ورئاسة الزوج لها والتزامه بالإنفاق عليها.

كما أنهم يهاجمون ما قررته شريعتنا من عدم زواج المسلمة بغير المسلم، ولا يعترفون بفضلها فى أنها أجازت زواج الرجل المسلم بامرأة غير مسلمة، ودون أن يردوا على الحجة التى تبرر منع المسلمة من الزواج بغير المسلم، وهى أن الأولاد سوف يتبعون ديانة الأب، وتصبح المرأة المسلمة مزرعة لإنتاج ذرية لا تعترف بالإسلام وتواجه واقعا لا تتحمله نفسيا، هو أن أولادها لا يعترفون برسولها ولا بديانتها، بل ربما تعلمهم ديانة زوجها أن محمدا (ﷺ) شيطان أو كذاب، وهو مالا تحتمله نفسيا، وفى ذلك ضرر عليها وعلى الأمة المسلمة التى تعد بناتها لكى ينجبن لها أجيالا جديدة تحمل الديانة الإسلامية الخاتمة التى تجمع كل الشرائع السماوية وتعترف بها. أما إذا تزوج مسلم بغير مسلمة فإن هذه الزوجة " غير المسلمة " لن تواجه مشكلة لأن أولادها المسلمين يعترفون بديانتها

وبرسولها عيسى أو موسى، بل يؤمنون بهما، بل ستجدهم "كمسلمين" يقولون سيدنا عيســى وسيدنا موسى عليه السلام، والسيدة مريم البتول العذراء. هذه هى الحقائق التى يجهلها هؤلاء ولايفكرون فيها.

الــنظم اللاديــنية التى فرضت على بعض الشعوب المسلمة تتباهى بأنها حررت نساءها المسلمات من هذا القيد الذى يمنع زواجها بغير مسلم والذى فرضته شريعتنا، ويســمون هذا الزواج غير الشرعى بين المسلمة وغير المسلم زواجا مدنيا. لكنهم لم يصــلوا إلى عَــدِّه عقدا رضائيا كما قررته شريعتنا،ويتجاهلون أن الإسلام هو أول شريعة أعطته هذه الصفة، وأن الزواج الشرعى الصحيح هو أول زواج رضائى .

ثم ينــتقدون ماقررته الشريعة من إعطاء الزوج حق الطلاق دون إلزامه بالرجوع إلى القاضى، وهم يجهلون أن ذلك فى مصلحة الطرفين ومصلحة الزوجة بالذات، لأن رفــع الأمــر للقضاءسيلزمه بالتصريح بأسباب تبرر طلبه، وعادة لايكون ذلك فى مصــلحة الــزوجة، بل تشينها وتضرها فى مستقبلها سواء كانت أسبابا صحيحة أو مختلقة، وهذا هو الأغلب لأنه مادام كارها فسوف يصطنع المبررات ويلفق الأسباب للحصــول عــلى الطلاق ولوكان ذلك بتجريح الزوجة والتشهير بها والقضاء على أملها فى أن تجد زوجا أصلح منه لها وتكون هى أصلح له .

أما "الزوجة"، فإنها إذا لجأت للقاضى فيكفى أن تبرر ذلك بتضررها من عشرته، وإذا كان هناك ما يجرحه فإنه سيضطر إلى أن يطلقها ويفارقها بالمعروف بدلا من إلزامها برفع دعــوى وإلــزامها بتقديم الأدلة على سوء معاشرته أو عدم صلاحيته للمعاشرة الزوجية مثلا، أو عدم التزامه بالخلق والسلوك السوى، ما دام قد ظهر منها كرهها له.

إن هــؤلاء الذيــن ينــتقدون مــثل هذه الأحكام الدقيقة لا يستطيعون فهمها، ولا يجدون من يشرح لهم مبرراتها، ولا يستمعون لمن يقدم لهم شيئا من ذلك. وكثير منهم إنما يجارى "الموضة" الأوربية ناسين أن أوربا المتقدمة هذه قاست كثيرا من عدم إجــازة الطلاق. وكافحت شعوبها جيلا بعد جيل لتقرير مبدإ الطلاق. ومازالت هذه القضية تشغل دولا عديدة وتثير خصاما بين أنصار الطلاق وخصومه، ويكفى شريعتنا فخرا أنها سبقتهم جميعا بالقضاء على هذه المشكلة.

نقطــة ثالثة يستغلها هؤلاء "النسائيون". وقد عرفنى أحد زملائنا فى الإسكندرية أن هناك جهات معينة تستأجر فتيات عانسات غير متزوجات ولا أمل لهن فيه ، وتدفع لهن

❁ لابد من تطهير مجتمعنا من رواسب الجاهليات التى حررنا منها الإسلام :

مرتبات لكى يزرن المنازل، ويتقدمن كمدافعات عن "حقوق المرأة" فى المساواة، وأن إحداهن قالت لابنته : كيف تسكتين على نظام يجعل حقك فى الميراث أقل من أخيك؟! أليس فى ذلك إخلال بمبدإ المساواة ؟! فقالت لها : أنت تجهلين أننى أعد نفسى للزواج وكذلك أخى، وعندما أتزوج فإن الشريعة تلزم زوجى بالإنفاق علىّ، وتلزم أخى بالإنفاق على زوجته وأسرته، هذا هو ما يبرر الحكم الذى لا يعجبك ربما لأنك لا تفكرين فى الزواج أو ليس لديك أمل فيه. والحق أن هدف هؤلاء هو صرف الشباب والشابات عن الزواج، والاستغناء عنه بالفساد الجنسى والتسيب الأخلاقى الذى يسمونه "حرية الجنس" .

إن هذا الزواج المدنى الذى يتغنون به ليس عقدا رضائيا يتم بإيجاب وقبول بين طرفيه كما تقرر شريعتنا، التى لا تستلزم أن يكون مكتوبا ولا أن يقوم بتحريره موثق حكومى أو دينى، ويمكن أن يتم شفويا أو كتابة عرفية دون موثق، وهذا ما يسمونه الزواج العرفى، ويهاجمه البعض لأنه يتم سرا دون علانية وشريعتنا توجب علانية الزواج – وقد اتجهت دولنا إلى اشتراط تحريره بواسطة موثق ضمانا لعلانيته. ونرى البعض ينتقدون الزواج العرفى، ونتمنى أن يهاجموا أولا ما يسمونه حرية العلاقات الجنسية خارج الزواج قبل أن يهاجموا الزواج العرفى الرضائى. إن ما يهم شريعتنا هو فتح باب الزواج وتسهيله لمنع التسيب فى العلاقات الجنسية بدون زواج التى تجيزها الآن جميع القوانين الوضعية – فى حين لا تجيز الزواج الرضائى الذى لا يتم أمام الموثق الرسمى .

هكذا نرى أن أسلوب تفريد الأحكام الشرعية وفصلها عن نظام الأسرة يفسح المجال لأولئك الذين وصفهم فقيهنا بأنهم يعادون شريعتنا لأنهم يجهلونها. لذلك فإننا نحرص دائما على التذكير بالترابط بين أحكام الأحوال الشخصية فى شريعتنا وعدم جواز الحكم على أى منها منفردا عن غيره، وأن محورها وأساسها هو وحدة الأسرة وتضامنها واستقرارها .

صحيح أننا يجب ألا ننكر أن بعض التقاليد الموروثة من عصور الجاهلية والوثنية السابقة على الإسلام قد تركت بصماتها فى كثير من مجتمعاتنا، وعطلت مفعول كثير من المبادئ الإسلامية السامية، وخاصة فيما يتعلق بمبدإ المساواة عموما ومساواة المرأة بالرجل خصوصا، وتجاوزت بذلك مقتضيات وحدة الأسرة ونظامها وتضامنها إلى فرض

❁ الحكم الاستبدادى لا يعترف بالشورى الحرة :

قـــدر من الظلم على المرأة حتى حرمتها كثير من مجتمعاتنا حتى الآن من التمتع بكثير من الحقوق الاجتماعية التى قررها الإسلام ومارسها المجتمع المسلم فى عهد الرسالة، مثل حقها فى الصلاة فى المساجد أو حقها فى التعلم أو فى العمل عندما تحتاج لذلك[1].

سيرى القارئ أننا سنبذل جهدنا فى هذه الدراسة لتقديم مقترحات فى هذا الصدد، نرجو أن تتسع لها صدور كثيرين ممن يعُدّون أن كل مافى مجتمعاتنا ينتسب إلى الشريعة و مـــبادئ الإسلام وأنها تطهرت نهائيا من رواسب الجاهلية فيما يتعلق بالمرأة وغيرها، وإن كـــان الواقع مازال بكل أسف يشهد بغير ذلك، ليس فقط فيما يتعلق بالمرأة، بل وفى نظـــم الحكم الاستبدادى الذى لايعترف بالشورى الحرة فى كثير من بلادنا وكثير من مراحل تاريخنا حتى الآن رغم أن القرآن أوجبها منذ فجر الإسلام، ولم تحترم إلا فى فـــترة قصـــيرة محدودة فى عهد الخلافة الراشدة. فليقل لنا هؤلاء من أين جاء "الملك العضوض" و"الحكم الاستبدادى" الذى قضى على الشورى الحرة بعد ثلاثين عاما فقط من الخلافة الراشدة ومازالت نماذج متطورة منه مسيطرة فى كثير من أقطارنا. إنه جاء من رواسب الجاهلية التى يجب علينا أن نطهر مجتمعاتنا منها[2] .

إنـــنا لانوافق على اعتبار الطلاق نظرية، لأنه فى الحقيقة استثناء أجازته الضرورة لإنهـــاء الزواج التعاقدى. فالأصل هو استمرار الزواج كأساس للأسرة، وليس إنهاؤه إلا اســـتثناء بســـبب فشل المتعاقدين أو أحدهما فى الالتزام بأصوله وتحقيق مقاصده وأهدافه .

---

(1) ويكفى لمراجعة ذلك الاطلاع على الدراسة الموسوعية القيمة التى أعدها المرحوم الأستاذ "عبد الحليم أبو شقة "، وبذل فى إعدادها سنين طويلة من حياته لكى يدعمها بالأدلة من كتب الحديث والتفاسير وغيرها، نشرها فى ستة أجزاء تحت عنوان "تحرير المرأة فى عهد الرسالة".

وأعتقد أن خير تكريم لهذا العمل العلمى الممتاز هو أن نعمل جميعا لتطهير مجتمعاتنا من كل التقاليد التى تحرم المرأة من حقوقها الاجتماعية والإنسانية، وأولها حق التعلم والعمل وحق الصلاة فى المساجد والمشاركة فى جماعات الأعياد والجمع .

(2) هناك أمثلة أخرى من رواسب الجاهلية فى المجتمع الإسلامى فى كتابنا "فقه الشورى والاستشارة"، وكتابنا "الشورى أعلى مراتب الديمقراطية". مثل التوسع فى أسباب الرق وبقائه رغم تشجيع شريعتنا على تحرير الرقيق .

﴿عوده﴾ ٣٠ـ نظرية تحريم الخمر... حرمت الشريعة الإسلامية الخمر تحريما مطلقا، وجعلت عقوبة تناول الخمر من الحدود "أي العقوبات" المقدرة التي لا يجوز لولي الأمر العفو عنها ولا عن الجريمة التي وضعت لها، ولا يجوز للقاضي أن يخفضها أو يستبدل بها غيرها، أو يوقف تنفيذها ...

ولم تحرم الشريعة الخمر مرة واحدة، بل جاءت بالتحريم تدريجيّا؛ لأن شرب الخمر كان متفشيا في العرب، وكانت الخمر إحدى متعهم وسبيل لهوهم فاقتضت حكمة " التشريع " التدرج في التحريم . وكان أول نص من نصوص التحريم-٥٢- قوله ﷻ: ﴿يأيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون﴾ [النساء:٤٣]. فنهاهم الله عن الصلاة وهم سكارى، ولما كانت الصلاة فريضة لابد من أدائها، فقد وجب عليهم أن لا يتناولوا الخمر بكميات تسكرهم ليستطيعوا أن يؤدوا فريضة الصلاة خمس مرات فيما بين الفجر والعشاء وهم غير سكارى، ولعل هذا كان داعيا لهم أن يتساءلوا عن حكم الخمر في ذاتها. وقد جاء النص الثاني من نصوص التحريم يرد على هذا التساؤل ويبين علة التحريم، وذلك قوله ﷻ:﴿يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس وإثمها أكبر من نفعهما﴾ [البقرة:٢١٩]. وبعد أن أصبحت النفوس مهيأة لترك الخمر نزل النص القاطع في التحريم وهو قوله ﷻ: ﴿يأيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتبوه لعلكم تفلحون۝ إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون﴾ [المائدة:٩٠-٩١] ...

وظاهر من نصوص الشريعة أنها عامة مرنة إلى آخر حدود العموم والمرونة، وهذه الميزة التي تتميز بها نصوص الشريعة هى التي جعلت هذه النصوص صالحة للتطبيق وقت نزول الشريعة، وحفظت لها هذه الصلاحية في عصرنا الحاضر، أي بعد مضي ثلاثة عشر قرنا على تاريخ نزولها، وهذه الميزة هى التي ستحفظ لها هذه الصلاحية في مستقبل الأيام مهما امتد الزمن وطال. فإذا ما قلنا إن الشريعة لا تقبل التعديل والتبديل؛ فذلك لأنها صيغت بحيث لا تحتاج إلى تعديل أو تبديل ...

[الصدر] ... التعليق "رقم-٥٢-" يمكن أن يكون المراد بالآية المباركة النهي عن إتيان الصلاة وهو غافل عنها لا يفهم معنى ما يقول وغير منقطع إلى الصلاة وحاله حال السكارى، وليس المراد الشاربون للخمر، فتكون الآية أجنبية عن تحريم الخمر ...

[الشاوي] ... رأينا في تعليق "-٥٢-" لا أهمية لهذا التعليق في نظرنا؛ لأن التحريم جاء صريحا وقاطعا بعد ذلك في سورة المائدة الآية (٩٠) كما هو ثابت في "المتن" ...

﴿عوده﴾ ولم تأت الشريعة بتحريم الخمر مجاراة لحال الجماعة أو استجابة لرغباتها، فقد كانت فكرة التحريم بعيدة عن الأذهان، ولم تكن النفوس مهيأة لها، وإنما جاءت الشريعة بالتحريم لأنه ضروري لتكميل الشريعة بما يجب أن تكون عليه الشريعة الكاملة الدائمة، وجاءت به لترفع مستوى الجماعة وتوجهها نحو السمو والكمال. وإذا كان العالم غير الإسلامي قد أصبح الآن يفكر في تحريم الخمر كما أصبحت النفوس مهيأة لقبول التحريم، فمعنى ذلك أن الشريعة الإسلامية بما قررته من تحريم الخمر دعت الناس أن يتقدموا عصرهم بأكثر من ثلاثة عشر قرنا ...

ولقد دعت الشريعة الإسلامية العالم إلى ترك الخمر وحرمتها على الناس من القرن السابع، ولكن لم يستجب لهذه الدعوة ويأخذ نفسه بتحريم الخمر إلا البلاد الإسلامية، أما ما عداها من البلاد فقد بقيت تحت سلطان الخمر حتى أثبت العلم المادي أخيرا أن الخمر مفسدة عظمى وأنها تهدم الصحة وتضيع المال، وتضعف النسل والعقل، وتضر بالإنتاج ضررا بليغا، هنالك بدأت الدعوة لتحريم الخمر تظهر وتشتد، وتؤلف لها الجماعات وتجمع لها الأموال وتنشر الصحف وقد نجحت الدعوة لتحريم الخمر نجاحا ملحوظا فلا يكاد يوجد اليوم بلد ليس فيه جماعات قوية تدعو لتحريم الخمر وتجد كل تعضيد ومساعدة من المفكرين والمصلحين بحيث يمكن أن يقال: إن الدعوة إلى تحريم الخمر أصبحت اليوم عامة ...

ويستطيع الإنسان أن يرى أثر الدعوة إلى تحريم الخمر ظاهرا في التشريعات التي صدرت في القرن الحالي. فالولايات المتحدة أصدرت من عدة سنين قانونا يحرم الخمر تحريما تاما، والهند أصدرت من عامين قانونا مماثلا، وهاتان هما الدولتان الوحيدتان اللتان حرمتا الخمر تحريما تامًا، أما أكثر الدول فقد استجابت للدعوة استجابة جزئية فحرمت تقديم الخمر أو تناولها في المحلات العامة في أوقات معينة من النهار، كما حرمت تقديمها أو بيعها لمن لم يبلغوا سنا معينة ...

ونستطيع أن نقول بعد ذلك إن العالم اليوم أصبح مهيأ لفكرة تحريم الخمر بعد أن ثبت علميا أنها تضر بالشعوب ضررا بليغا، وإن الدعوة إلى التحريم تأخذ طريقها، ويشتد ساعدها كل يوم، وتجد من العلماء والمصلحين كل تعضيد وإن اليوم الذي تحرم فيه كل الدول الخمر تحريما قاطعا لم يعد بعيدا، وإن العالم قد بدأ يأخذ بنظرية الشريعة الإسلامية ويسير على أثرها، فسجل على نفسه بذلك أنه استجاب للحق بعد أن ظل يُدعى إليه ثلاثة عشر قرنا فلا يجيب ...

۞ 30 – نظرية تحريم المسكرات والمخدرات وأسلوب التدرج فى تطبيقها:

كثيرون يقاومون آفة المخدرات، ويدعون إلى التعاون الدولى لمقاومة هذا الوباء فى عصرنا. ونرى أن عليهم أن يعترفوا بأن ما يسميه "فقيهنا" نظرية تحريم الخمر فى شريعتنا هى الأساس الصحيح والبداية الضرورية لمقاومة المخدرات.

إن اهتمام شريعتنا بهذه النظرية هو من أهم الميزات التى تبرر قوله بخلود الشريعة وحاجة الإنسانية إليها فى الحاضر والمستقبل كذلك. ونحن نؤيده فى حسبانه مبدأ تحريم الخمر أساسا لنظرية شاملة فى إصلاح المجتمع وأفراده وأنه يزودنا بمنهج متكامل لمقاومة آفة المخدرات، تستمد منه أحكام عديدة واستحداث منظمات دولية ومعاهدات وأحكام لهذا الهدف.

وفضلا عن ذلك، فإن شريعتنا لم تبتدع تحريم الخمر؛ لأنه مبدأ تقره جميع الأديان الإلهية[1] .

وقد أشار إلى أسلوب التدرج الذى اتبعه المشرع الإلهى لكى يصل إلى تحريم الخمر أولا، ثم العقوبة عليها، وهذا نموذج يجب أن نراعيه فى مطالبتنا باستكمال تطبيق الشريعة فى جميع نواحى الحياة الفردية والاجتماعية، وبخاصة تحريم المخدرات والمسكرات. وعلينا التدرج فى التطبيق بعد إقرار المبدإ ذاته لأنه من المؤكد أن نسبة كبيرة من ذوى السلطان فى بلادنا، والذين بيدهم مراكز القوى السياسية والإعلامية والاجتماعية والاقتصادية، هم الآن ممن يشربون الخمر ويعلنون سرا أو علنا عدم اقتناعهم بتحريمها.

لذلك فإن الدعاة يجب أن يخططوا للتدرج فى الوصول إلى تحريم الخمر، وذلك بالعناية بالأجيال الناشئة وضرورة عزلها عن الأجيال الحالية التى أصابتها عدوى السكر والشرب بسبب اتصالها بالمجتمعات الأوروبية التى حكمت بلادنا فى عهد الاحتلال، ومازالت تؤثر على دولنا وحكامنا ونظمنا السياسية بواسطة نفوذها المالى والاقتصادى ونفوذ بعض الدول الأجنبية الكبرى التى تسيطر على النظام العالمى.

فالتربية والتعليم والثقافة و الإعلام يجب أن تكون الهدف الأول لمن يريدون تنشئة الأجيال القادمة على الأصول والمبادئ الإسلامية، ومنها تحريم "الخمر والمخدرات".

---

[1] تراجع البنود (457) وما بعدها بشأن عقوبات شرب الخمر، فيما بعد .

〈عوده〉 ٣١ـ *نظـرية تعـدد الـزوجات* ... جاءت الشريعة الإسلامية من يوم نزولها مبيحة لتعدد الزوجات بشرط أن يعلم الزوج من نفسه القدرة على العدل بينهن فإن كـــان يعلم أنه لا يستطيع العدل بينهن أو يخشى أن لا يعدل بينهن، فلا يجوز له أن يتزوج غير امرأة واحدة. وإذا كان يعلم أنه يستطيع العدل بينهن فليس له أن يجمع بين أكثر من أربع نسوة، وذلك قوله ﷻ : ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة﴾ [النساء:٣] ...

وقد سايرت الشريعة الإسلامية منطقها الخاص وسايرت الطبيعة البشرية، وجاءت متفقة مع الغرض من الزواج حينما قررت إباحة تعدد الزوجات. فأما أن الشريعة قد سايرت منطقها الخاص، فذلك أن الشريعة تحرم الزنا تحريما كليّا، وتعاقب عليه أشد العقاب، حتى إنها لتعاقب الزاني المحصن بالرجم "أي القتل رميا بالحجارة"، فوجب ألا تحرم الزنا على الناس من وجه وتدفعهم إلى الزنا من وجه آخر. ولاشك في أن تحريم تعـــدد الزوجات يدفع الناس إلى الزنا، ذلك أن عدد النساء في العالم يزيد على عدد الرجال ويزداد الفرق بينهما كلما نشبت الحروب وتعددت، فتحريم الزواج إلا من واحدة يؤدي إلى بقاء عدد كبير من النساء دون زواج، وحرمان المرأة من الزواج مع اســـتعدادها لـــه معـــناه أن تجـــاهد المرأة طبيعتها، وهو جهاد ينتهي غالبا بالفشل والاستســـلام وإباحة الأعراض والرضا بالسفاح. وكذلك فإن الرجل والمرأة يختلفان من حيث استعدادهما للعملية الجنسية ... فالمرأة ليست مستعدة في كل وقت لغشيان الـــرجل إياهـــا؛ لأنها تحيض كل شهر أسبوعا في المتوسط، وقد تصل أيام الحيض إلى أســـبوعين وغشيانها محرم في المحيض، ولأنها عندما تلد يحرم غشيانها مدة النفاس وهي أربعون يوما تقريبا، كذلك فإن استعداد المرأة يضعف طول مدة الحمل أو على الأقل مـــدة الإثقـــال بالحمل. أما الرجل، فاستعداده واحد لا يختلف باختلاف أيام الشهر والســـنة، فإذا حرم على الرجل أكثر من واحدة كان معنى ذلك حمل الكثيرين على الـــزنا لأنهـــم لا يســـتطيعون أن يكبتوا غرائزهم الجنسية أيام "الحيض" و"النفاس" والإثقال بالحمل-٥٣- ... وأما أن الشريعة الإسلامية سايرت طبائع البشر في إباحة

[الصدر] ... التعـــليق "رقم -٥٣-" أو أيام مرض الزوجة وعدم تمكنها من العلاقات الجنسية أو في ظـــرف بـــرودة الـــزوجة جنسيا وعدم تمكنها من إشباع غريزة الزوج أو في حالات عقم الزوجة ورغبة الزوج في الذرية ...

[الشاوى] ... رأينا في التعليق "-٥٣-": يضيف مبررات أخرى لجواز تعدد الزوجات ليست محل خلاف.

﴿عوده﴾ تعــدد الــزوجات، فإنها قدرت قوة الغرائز الجنسية حق قدرها،فلم تعرض الرجل أو المرأة لامتحان إن نجح فيه العشرات سقط المئات، ولم تفرض على الرجل أن يتزوج واحدة فقط حتى لا تحكم على بعض النساء بالبقاء عوانس مدى الحياة يتمنين الــرجل فــلا يحصلن عليه، ويحلمن بالأولاد والأسرة ولا سبيل إلى تحقيق حلمهن، ويقاومن الغرائز الجنسية فلا تعود عليهن المقاومة إلا بضعف الصحة والعقل وخسارة الشــرف والعفــة. ولم تفــرض الشــريعة على الرجل أن يتزوج واحدة فقط حتى لا تعرضــه للوقوع تحت سيطرة الغرائز الجنسية في فترات الحيض والنفاس أو غيرها من الفترات التي يضعف فيها استعداد المرأة للاستجابة، لأن الرجل في الغالب يخضع لســلطان الغريزة أكثر مما يخضع لسلطان العقل، شأنه في ذلك شأن المرأة وإن كانت طبيعة المرأة تساعدها على كبت غريزتها أكثر مما يستطيع الرجل-٥٤- ...

وأما أن حكم الشريعة في إباحة التعدد جاء متفقا مع الغرض من الزواج، فالأصل أن الغرائز الجنسية ركبت في الرجل والمرأة لحفظ النوع، وأن الزواج شرع للتناسل وتكويــن الأســرة، فإذا تزوج الرجل امرأة عقيما ولم يبح له أن يتزوج غيرها فقد تعطلت وظائفه الجنسية عن أداء الغرض الذي خلقت له، وتعطل الغرض من الزواج نفسه. كذلك فإن قدرة الزوج على التناسل غير محدودة، أما قدرة المرأة فلها حد لا تــتعداه، فالرجل يستطيع أن ينجب أولادا حتى يبلغ الستين أو السبعين في المتوسط وهــو في الغالب أقصى عمره، أما المرأة فتنعدم قدرتها على التناسل فيما بين الأربعين والخمسين، فلو حرم على الرجل أن يتزوج أكثر من واحدة لكان معنى ذلك تعطيل وظيفته التناسلية حوالي نصف المدة التي يستطيع فيها أن يؤدي هذه الوظيفة ...

هذه هى نظرية الشريعة في إباحة تعدد الزوجات قررتها لدفع الضرر ورفع الحرج، ولتحقيق المساواة بين النساء، ولرفع مستوى الأخلاق. وظاهر من النص الذي قررها أنــه نــص عام إلى آخر حدود العموم، مرن إلى آخر حد من المرونة، وهذا ما جعله محــتفظا بصــلاحيته الــتي كانت له منذ ثلاثة عشر قرنا، وما سيجعله محتفظا بهذه الصلاحية إلى ما شاء الله ...

الصدر ... تعــليق "رقــم -٥٤-" وحفظــت الشريعة حق الزوجة الأولى بإيجاب العدل على الزوج وإلزامه بالقيام بجميع حقوق زوجاته من إنفاق وفراش ...

الشاوى ... رأينا في التعليق "رقم -٥٤-" ... راجع رأينا السابق ...

﴿عوده﴾ ولم تـأت الشـريعة بهـذا النص لتساير به حال الجماعة، فقد كان العرب يجيـزون تعدد الزوجات إلى غير حد، ولم يكونوا يستسيغون تحديد عدد الزوجات. وقد اضطر الكثيرون منهم بعد نزول النص إلى إبقاء أربعة فقط من أزواجهن وتطليق السـباقيات، لكن الشريعة جاءت بهذا النص لترفع به مستوى الجماعة، ولأن وجوده ضروري في شريعة دائمة كاملة لا تقبل التغيير والتبديل ...

ونظرية الشريعة في تعدد الزوجات من النظريات التي لم تعترف بها القوانين الوضعية حـتى الآن، بـل كانت هذه النظرية قديما مدعاة لتندر الأوربيين واستهجانهم وأداة يستخدمونها في طعنهم على الإسلام. أما اليوم فإن النظرية تجد لها في نفوس علمائهم ومصلحيهم مكانا وفي صحفهم السيارة موضعا، ومن يدري؟ لعل اليوم الذي تأخذ فيه القوانين الوضعية بهذه النظرية قد اقترب، فإن الحرب العظمى التي وقعت سنة (١٩١٤م) والحـرب الأخيرة التي وقعت سنة (١٩٣٩) قد ساعدت كلتاهما على تهيئة الأذهـان لهـذه النظرية، حيث قتل في كل من الحربين عدد كثير من الرجال وترمل عدد كبير من النساء، وزاد عدد النساء على عدد الرجال زيادة ظاهرة ...

والحق أن الحروب لم تكن هى الدافع الوحيد الذي حمل الأوربيين على التفكير في إباحـة تعـدد الزوجات، وإنما حملهم على ذلك أسباب أخرى متعددة، منها انتشار "المخالـلة" بحيـث أصبح لكل رجل عدد من الخليلات يشاركن زوجته في رجولته وعطفه وماله، بل قد يكون لإحداهن في هذه أكثر من نصيب زوجته. ومنها شيوع الـزنا ومـا يترتب عليه من جنايات أقلها كثرة أبناء السفاح الذين يقذف بهم إلى الشوارع خوف العار، وقتل الأجنة في بطون أمهاتها. ومنها الزيادة الطبيعية في عدد النساء، وحاجة هؤلاء إلى أن يكن زوجات وأمهات. ومنها قلة النسل قلة ظاهرة في الشـعوب الأوربية. فهذه الأسباب مجتمعة مع غيرها دعت الناس إلى أن يفكروا في إباحـة تعدد الزوجات باعتباره العلاج الطبيعي لهذه الظواهر والأمراض الاجتماعية الخطيرة ...

۞ 31 – تعدد الزوجات شرع استثناء لتقليل حالات الطلاق وتحريم المعاشرة خارج الأسرة :

يدخل هذا المبدأ ضمن البند الخاص "بالزواج التعاقدى" (بند 29). وكما ذكرنا بشأن الطلاق، فإننا لا نَعُدُّ إجازة التعدد نظرية، بل إنها مجرد إباحة استثنائية وحكم فرعى من أحكام نظام الأسرة القائم على الزواج التعاقدى[1] .

إن "فقيهـــنا" يؤكد أن إباحة التعدد مرتبطة بمبدإ تحريم الزنا والعقاب عليه، وهو الأمـــر الـــذى لابـــد أن تفكر فيه كثير من الشعوب المتقدمة التى تعانى من التسيب الأخلاقى والعلاقات الجنسية بدون زواج، والتى تفضل الفساد الجنسى وتبيحه باسم "الحرية الجنسية"؛ ويفتحون باب المعاشرة الجنسية بدون زواج، حتى للمتزوجين فعلا، ويفضـــلون هذا الفساد على إباحة تعدد الزوجات. وأصبحت تلك الشعوب تقاسى الآن مما يترتب على فوضى "الحرية الجنسية" من أمراض وأوبئة وزيادة اللقطاء الذين يلقون فى الشوارع بلا أب معروف لهم أو معترف بهم، وهى آفات يمكن أن يقاومها العـــالم بتطـــبيق المـــبادئ الشرعية التى تقر تعدد الزوجات بصفة استثنائية، وبقيوده وشروطه الشرعية نتيجة لاعتبار الزواج عقدا رضائيا. وميزة شريعتنا أنها تفضل تعدد الزوجات على فتح باب العلاقات الجنسية خارج نطاق الزواج فى حين أن الشعوب المسيحية الذين كانوا يعتبرون الزواج علاقة مقدسة لم يجدوا أمامهم إلا باب المخادنة والمعاشرة خارج الزواج دون قيد ولاشرط ويفضلونها على تعدد الزوجات .

إن شريعتنا تضع للتعدد شروطا وقيودا تجعله استثناء، وتفضله على إباحة التسيب فى العلاقـــات الجنسية بدون زواج كما تفعل النظم الأوربية والأمريكية التى تتباهى الآن بـــتحريم تعدد الزوجات وتعاقب عليه وتبيح كل معاشرة جنسية خارج نطاق الـــزواج، ولا تعاقب على الفساد الأخلاقى والاجتماعى الذى يترتب عليها – حتى أصبح شيوع رذيلة الزنا فى هذه المجتمعات خطرا يهدد كيان الأسرة ويهدد مجتمعاتهم بالانهيار .

---

[1] نقترح على القارئ أن يطلع على هذا البند بعد البند (29) لارتباطه بموضوع الزواج والأسرة؛ وحبذا لو أخر اطلاعه على البند (30) حتى لا يفصل بين هذين البندين.

❁ الذين يحرمون تعدد الزوجات يبيحون الزنا وكانوا ينتقدون الطلاق ثم أباحوه وهو أسوأ من التعدد :

كثيرون من الأوربيين كانوا من قبل يعارضون مبدأ الطلاق الذى شرعه الإسلام ويقاومونه، وأصبحوا الآن يطالبون به ويكافحون من أجله ويلاقون صعوبات كثيرة تزيدهم إصرارا على جعله إصلاحا اجتماعيا باعتباره من مظاهر التقدم فى تلك المجتمعات الأجنبية، ومع ذلك نجد كثيرين عندنا ينسون أن شريعتنا سبقتهم إلى ذلك منذ فجر الإسلام، وهم الآن يقلدونها ويقتفون آثارها فى إجازة الطلاق .

لكن بعض هؤلاء لا يفهمون حتى الآن أن إباحة الطلاق تؤدى حتما وبالضرورة لإباحة تعدد الزوجات، لأنه يقلل من حالات الطلاق ويعالج آثاره السيئة بالنسبة للأطفال. ذلك أن الزوج إذا وجد داعيا لأن يعاشر امرأة غير "رفيقته" التى عاشرته زمنا طويلا، فإنهم يفتحون له باب معاشرته خليلته دون زواج، أو أن يلجأ إلى التخلص من الزوجة "الأولى" بالطلاق، مادام بابه مفتوحا ومشروعا عندهم وعندنا، ويضطر لطلاق زوجته الأولى لكى يتزوج من يريد سواها، فهو يستبدل زوجة بأخرى، وهذا هو ما يحدث الآن فى تلك البلاد "المتقدمة" التى تبيح الطلاق وتحرم التعدد. أما شريعتنا فإنها تفتح له خيارا آخر لتفادى الطلاق بأن يسمح له أن يكون له زوجة أخرى فى حين أنهم مازالوا يحرصون على منعه منه، ولا يكون أمامه سوى الطلاق أو ممارسة الزنا والعلاقات غير الشرعية دون زواج مع أنه متزوج فعلا. أما شريعتنا فإنها تجيز له تعدد الزوجات استثناء وترى أنه لصالح "الأسرة" لأن هناك اعتبارات لابد من تقديرها؛ منها أن الأمر لا يخص الزوج والزوجة وحدهما، بل يهم أولادهما الذين يتضررون من الطلاق الذى أباحته أغلب التشريعات "المتقدمة".

بل إن الزوجة الأولى رغم كرهها لدخول غيرها فى حياة شريكها، إلا أنها مع ذلك قد تكره أكثر الخروج من دائرة الزواج إلى حياة الطلاق، وهى تعرف ماذا يعنيه بالنسبة لأولادها، ولها أيضا.

لذلك رأى المشرع الحكيم ألا يسد باب التعدد إذا وجدت ضرورة له، وفضله على الطلاق الذى يجاهدون لكى يبيحوه، ومع ذلك يرفضون تعدد الزوجات، رغم أنه أقل ضررا منه. وأكثر من ذلك فإن هذا التعدد تَعُدّه بعض التشريعات الوضعية جريمة فى حين أن الزنا مباح عندها، بل يَعُدّونه حرية ويبيحون للمتزوجين رجالا ونساء أن يكون لهم علاقات جنسية غير شرعية فى أثناء الزواج .

۞ النظم التي لا تجيز تعدد الزوجات تزيد حالات الطلاق :

إن التعدد أجيز فى شريعتنا استثناء؛ لأنه أفضل من الزنا الذى يبيحونه، ولأنه يسد بـــاب الفساد الذى يمارسه كثير من الأزواج فى البلاد التى لا تجيز التعدد وإنما تجيز لـــلرجل أن يكـــون له عشيقة أو أكثر إلى جانب زوجته، وهو أمر تواجهه الشريعة بالتحريم والعقاب. أما المجتمعات المتقدمة فتعالجه بأن يكون للزوجة أن تعامله "بالمثل" تطـــبيقا لمـــبدإ المساواة "إذا استطاعت" ويكون لها عشيق أو عشاق آخرون بقدر ما تستطيع، فلا يبقى للزواج ولا للأسرة ذاهّا وجود ولا قيمة، وهذا هو ما وصلوا إليه فعلا، ويريد بعضهم أن يفرضه على مجتمعاتنا.

لقـــد فـــتحت شريعتنا للجميع بابا للحل الوسط الذى يجيز للزوج أن يرتبط بزوجة أخرى،مع بقائه مرتبطا بالأولى وبأولادها طالما أها لا تطلب الطلاق ولا تريده.

وقـــد نشـــرت الصحف أن أحد الوزراء فى مصر جاء إليه وفد من دعاة "التحرر النســـائى" يطلـــبون منه منع الأزواج من تعدد الزوجات، فقال لهم : "لا تنسوا أنكم تـــريدوننى أن أمنع امرأة من الزواج وهى الزوجة الجديدة، تريدون أن يضحى القانون بهـــا من أجل الزوجة الأولى. إن هناك من يريدون تحريم التعدد ولو كان يرضى الزوجة الأولى والزوجة الجديدة معا فكيف أضحى بهما وألزمهما بالفساد؛ لأن منع الزوج من الـــزواج الثانى لن يحرمه من معاشرهّا كخليلة طالما أن ذلك مباح فى قانوننا الوضعى، كمـــا أنه لن يمنعه من الطلاق الذى تجيزه جميع الشرائع. يكفى أن نفتح للزوجة الأولى باب الطلاق، وأنا لا أعتقد أن الزوجة الأولى تعجز عن الحصول على الطلاق "للضرر" إذا لم تكن راغبة فى مواصلة العيش مع زوجها، فإذا لم تطلب هى الطلاق فإننى لا أرى مصـــلحة مطلقا فى أن نلزم الزوج بأن يلجأ إليه باعتباره الوسيلة الوحيدة لتمكينه من تحقيـــق رغبته فى معاشرة المرأة الجديدة أو أن يجعل هذه المرأة عشيقة بدون زواج. إن المســـألة ليست مشكلة بين الرجل وزوجته الأولى، بل هى مشكلة أيضا بين امرأتين: الـــزوجة الأولى والمرأة الثانية التى تدخل حياة الزوج ويريد الارتباط بها ويجعلها زوجة ثانية بدل أن تكون عشيقة دون أى رباط قانونى بينها وبين الرجل الذى أحبها ...

إنـــنى أدعوكـــم إلى أن تحلوا المشكلة على هذا الأساس، بدل الإصرار على التضحية بالزوجة الجديدة بحجة أن ذلك لصالح الأولى ونحن لا نرى داعيا لذلك . إن أقصى ما تطلبه المـــرأة التى لا تريد أن يتزوج رجلها امرأة أخرى هو الطلاق، وعليها أن تطلب ذلك من القضـــاء وتقنعه بما يصيبها من ضرر بهذا الزواج. أما إذا لم تر لنفسها ولأولادها مصلحة فى ذلك فكيف تريدون أن أفرض على الزوج أن يطلقها إذا كان هو لا يريده، وهى لم تطلبه ؟!

۞ تحريم التعدد مرتبط بإباحة الزنا للزوجين فى أوربا – على قدم المساواة:

لقـــد أشار كثيرون إلى ما تحدثه الحروب من زيادة النساء المرشحات للزواج عن عـــدد الرجال بسبب كثرة من قتلوا فى الحرب أو وقعوا فى الأسر. وعندى فى ذلك قصـــة تبين أن كثيرا من النساء هن ضحية الثقافة الأوربية التى ورثت التشهير بتعدد الـــزوجات الذى كان ينسجم مع تحريم الطلاق ويرتبط به، لكنهم مازالوا يحتفظون بهـــذه الأفكار الموروثة بعد أن أجازوا الطلاق ناسين أن منع التعدد سوف يزيد من حـــالات الطـــلاق ومســـاوئه، فضلا عن أنه يفتح كثيرا من أسباب الفساد الخلقى والاجتماعى والعلاقات الجنسية بدون زواج .

لقـــد حضرنا ندوة دعتنا لها منظمة شبابية ألمانية عقب الحرب مباشرة فى صيف عام 1946م، وعـــندما وصلنا هناك وجدنا أن أكثر القائمين بتنظيم استقبالنا والحوار معنا كان من الفتيات والنساء، وكان من أهم الموضوعات التى عرضوها علينا لمناقشتها: إيجـــاد العلاج المناسب لما يعانيه المجتمع بسبب قلة عدد الرجال، وزيادة عدد النساء والبنات بدون أزواج .

وكـــان صديقنا وزميلنا فى البعثة بباريس الأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى ـــ رحمـــه الله ـــ يحضـــر فى هذه الندوة فبادرهم بقوله : "إن الإسلام قدم لنا الحل وهو تعدد الزوجات". فلاحظ أن الفكرة لا تعجب كثيرين، فسأل إحدى البنات عما إذا كانت تفضل أن يعاشر زوجها امرأة أخرى بدون زواج (وذلك مباح عندهم) أو أن يعقـــد عـــليها كـــزوجة ثانية. وكانت دهشته شديدة عندما وجدها وبعض الفتيات الأخـــريات يفضـــلن أن يلجأ الزوج للعلاقة غير الشرعية بدلا من الزواج الشرعى الـــثانى، وحجتهن أن وجود عشيقة أصبح أمرا عاديا ومألوفا فى المجتمع، وأكثر من ذلـــك أن الزوجة تستطيع أن تفعل مثل ذلك وتعاشر من تريد غير زوجها. وبذلك تطبق مبدأ المساواة فى ممارسة "الزنا" للمتزوجين وغير المتزوجين على السواء.

هذا هو التسيب والانحلال الذى يسيطر على عقول النساء والرجال فى تلك البلاد حتى الآن بل يتباهون به ويعتبرونه "حرية جنسية" ! ولا أعتقد أن مجتمعنا يقبل أن يصل إلى هـــذا الحـــد، ولا أن يقر للطرفين أن ينشئا ما يريدان من علاقات غير شرعية مع بقائهما ظاهريا وقانونيا مرتبطين بالزواج الذى يصبح لا قيمه له. وكل ذلك لمنع تعدد الـــزوجات، فى الوقـــت الذى يباح فيه الطلاق وتباح المعاشرة الجنسية بدون زواج، لجميـــع النساء والرجال سواء كانوا متزوجين أو غير متزوجين، ويعدون ذلك وسيلة للتهرب من التزامات الزواج والارتباط بالأسرة التى هى نواة المجتمع وقاعدته .

〈عوده〉 ٣٢ـ *نظريات في الإثبات والتعاقد* ... وهذه مجموعة من النظريات التي جاءت بها الشريعة الإسلامية نعرضها تحت عنوان واحد؛ لأن القرآن جاء بها جميعا في آيـة واحدة هي آية الدين ؛ ولأن بعضها يتصل بالبعض الآخر اتصالا وثيقا؛ ولأننا سنتكلم عنها فقط بالقدر الذي يبرز فيها مميزات الشريعة ...

وآيـة الدين التي نعنيها هي قول الله ﷻ:﴿يأيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجـل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل ولا يأب كاتب أن يكتب كما عـلمه الله فليكتب وليملل الذي عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئا فإن كـان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشـهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا ولا تسأموا أن تكتبوه صغيرا أو كبيرا إلى أجله ذلكم أقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى ألا تـرتابوا إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها وأشهدوا إذا تبايعتم، ولا يضار كاتب ولا شهيد وإن تفعلوا فإنه فسوق بكم واتقوا الله ويعلمكم الله والله بكل شيء عليم ﴾[البقرة:٢٨٢] ...

ونـص الآية يشمل عددا من المبادئ التشريعية والنظريات الفقهية وسنبين أهمها فيما يلي:

إن لى رأيـــا خاصا فى المبدإ الذى قررته آية الدَّين.الذى قد يفهم من أقوال فقيهنا اعتـــبار كل ما فيها مقررا لقواعد الإثبات،فى حين أننى أرى أنها أعم من ذلك وأبعد مـــدى لأن أول مـــا قـــررته أنها وضعت الأسس لنظرية عامة واسعة تنظم العلانية والإشهار فى الصكوك والعقود عن طريق إيجاب" الاستشهاد "عند التعاقد . ويقصد بالاستشهاد استحضار الشهود فى أثناء كتابة التعاقد لتوثيقه وإشهاره،وهذا هو أساس كـــثير مـــن المؤسســـات التى استحدثتها النظم الحديثة لتسجيل الإقرارات والعقود والصكوك وإشهارها، وبخاصة عقود الملكية العقارية فيما يسمى بالشهر العقارى الآن أو "كتابة عدل" فى بعض الدول.

يؤيد ذلك أن الآية فصلت إجراءات تحرير العقد بواسطة من يكتب بالعدل. ومازال الموثـــق الـــذى يحـــرر العقود والصكوك الرسمية يسمى "كاتب عدل" فى بعض بلادنا. وأمـــرت الآية القرآنية الكاتب أن يكتب كما علمه الله، وإن الذى يملى عليه هو من عـــليه الحق، بشرط أن يكون كامل الأهلية، فإن لم يكن كذلك فلابد من حضور وليه ليملى نيابة عنه وأن يستشهدوا شهيدين أو أكثر. كل هذا التفصيل خاص بعملية توثيق العقـــد أو الصك عند إنشائه، وهذا ما فهمه المسلمون فى جميع العصور، وعنوا دائما بالإشهاد على الصكوك وخاصة فى العقود المهمة مثل الوقف والزواج.

إنـــنا نـــرجو من "فقهائنا" أن يعيدوا النظر فى تفسير هذه الآية التى هى أطول آية فى القـــرآن الكريم، وطولها فى "نظرى" كان إشارة إلى أن عملية التوثيق والتسجيل وغيرها من النظريات التى ذكرها الآية الكريمة سيكون لها فى المستقبل شأن أكبر بكثير مما كان لها فى الماضى، وأن على كل جيل أن يرجع إليها للاستفادة مما ورد فيها بما يناسب ظروفه .

والبعض يتساءل لماذا تكتفى الآية برجل واحد فى حين تطلب امرأتين؟ وقد أجاب على ذلك الإمام الشيخ شلتوت بقوله: (فى كتابه المشار إليه سابقا ص– **240**) "الآية جـــاءت على ما كان مألوفا فى شأن المرأة ... وإذا كان المتعاملون فى بيئة يغلب فيها اشـــتغال النســـاء بالمـــبايعات وحضور مجالس المدانيات كان لهم الحق فى الاستيثاق (التوثيق) بالمرأة على نحو الاستيثاق (التوثيق) بالرجل متى اطمأنوا إلى تذكرها وعدم نسيانها على نحو تذكر الرجل وعدم نسيانه".

وقـــد استشهد بذلك الأستاذ الشيخ يوسف القرضاوى (فى كتابه مركز المرأة فى الحياة الإسلامية ص **20**) وأيده، كما أشار إلى أن "مذهب عطاء – من أئمة التابعين – الأخذ بشهادة النساء".

۞ آية الدين أوجبت حضور الشهود للإشهار والتوثيق :

ومعـــنى ذلك أنه لا مانع من الاكتفاء فى الاستشهاد بالنساء دون الرجال – وأن امـــرأة واحدة تساوى رجلا متى تأكد خبرتها فى شئون المال وعدم تعرضها للنسيان الذى أشارت له الآية.

وقد بدأت الآية بتقرير مبدإ كتابة العقود، ولذلك جرى كثيرون على أن هذه الآية توجب الكتابة بصفة عامة عند التعاقد سواء أضيف إليها توثيق وتسجيل وإشهار أم لا. كمـــا أوجبت الاستشهاد أى إحضار شهود عند العقد، سواء كان مكتوبا أو شفويّا، وسواء تم توثيقه بواسطة كاتب يرتضيه الطرفان، أم قام بها أحد الطرفين .

وواجـــب الكـــتابة والتوثيق والاستشهاد كلاهما غايته توفير وسائل الإثبات التى يمكن تقديمها عندما يكون هناك خلاف أو تقاض. لكن البعض يظن أن معنى ذلـــك اعتـــبار الشهادة وسيلة وحيدة لإثبات وجود العقود أمام القضاء عند التـــنازع على ثبوتها أو تطبيقها فى نظرهـم، أى أنها تأمر بإحضار الشهود لأداء الشـــهادة أمـــام القضاء. ويصل البعض إلى القول بأن القاضى لا يقبل من أدلة الإثبات إلا الشهود فى حين أننا لا نرى فى عبارتها ما يفهم منه أن القاضى يلزم الخصوم دائما إحضار شاهدين .

كما أن البعض يرى أنه لا يجوز له قبول أدلة غير الكتابة فى المسائل المدنية – أمـــا نحن فإن كل ما نراه هو أنها وضعت قاعدة للالتزام بتحمل الشهادة وإيجاد مؤسســـات الإشهار والتوثيق أثناء التعاقد وليس الإثبات فى أثناء التقاضى. بل يذهـــب فقيهنا إلى أبعد من ذلك، فيرى أنها توجب تعلم الكتابة ومحو الأمية.كل هـــذه أحكام تكليفية موجهة للمتعاقدين أو من ينشئون تصرفا قانونيّا، لكنها فى نظرى لاتحرم القاضى من الاقتناع بأدلة أخرى مثل القرائن .

إن القول بأن هذا النص يقصد به وجوب إحضار شهود لأداء الشهادة عند التقاضى إنما يضيق نطاق النص ويتجاوز المقصود الأصلى وهو الاستشهاد على الكتابة فى أثناء تحرير العقد لا عند وقوع النزاع أمام القضاء .

إنـــنى لا أوافـــق عـــلى ما لاحظته فى العمل أمام بعض المحاكم، من اعتبار الشـــهود هـــم الوسيلة الضرورية للإثبات ولا يغنى عنها غيرها من البينات أو القرائن أو الأدلة الأخرى بما فيها الكتابة ذاتها.

❁ الأصل هو مبدأ اقتناع القاضي فى الإثبات إلا إذا وجد نص استثنائي :

وقد سعدت عندما قرأت ما قاله الإمام "ابن القيم" فى كتابه "إعلام الموقعين"، إذ وســع فى نطاق البينات ولم يقصرها على الشهود بقوله: "حيثما ظهر وجه الحق فثم شرع الله".

وكــثيرون شكوا من إصرار بعضُ القضاة على طلب الشهود (أىِّ شهود)، حتى أصــبح من المألوف الاستعانة بشهود محترفين يقفون أمام قاعات المحاكم ليستأجرهم أصــحاب الدعاوى لأداء الشهادة، رغم أنهم فى بعض الأحيان لا علاقة لهم بالواقعة الــتى يشهدون عليها ولاعلم لهم بها، وبعض القضاة يقبلون ذلك رغم أنهم يعرفون، لكــنهم يضطرون لذلك لاعتقادهم أنه لايوجد أى دليل آخر يغنى عن الشهود مثل بطاقــات تحقيــق الشخصية، أو الكتابة ذاتها، فأصبح إحضار شاهدين مجرد إجراء شكلى ضرورى لابد منه فى نظرهم فى بعض البلاد.

لقد هممت كثيرا بأن أستنكر هذا الفهم واستعنت بغيرى ودعوتهم لذلك وأولهم صديقى الدكتور / أحمد العسال[1] .

لكــن الــتجربة أقنعتنى أخيرا بضرورة التصدى لهذا الموضوع، لأن له أثرا كبيرا فى التحقيق الجنائى وفى تطبيق أحكام القانون الجنائى ذاته فيما يخص جواز الإثبات بالقرائن.

ونحــن نرى أن فقيهنا أيد هذا فى البند التالى (33) حيث قال : "إن الوقائع المادية يجوز إثباتها بكل طرق الإثبات ... ".

ومن المعروف أن الإثبات فى القانون الجنائى موضوعه وقائع مادية (*).

(*) تعــليق للأستاذ الدكتور "محمد سليم العوا" :- لقد بحثت موضوع الإثبات الجنائى فى كتابى "فى أصــول النظام الجنائى الإسلامى" ص 301 – 318، وتبين لى أن الذى يذكره الفقهاء عادة عــن وجــوب الحكم بالشهود والاقتصار عليهم دليلا للإثبات الجنائى، وعن تقيد القاضى بما يشــهدون به، كل ذلك موضع نظر، والإثبات الجنائى غير مقيد بقيد إلا اقتناع القاضى، وقد نقلت هناك كلام "ابن تيمية" عن هذا الموضوع وهو كلام نفيس، فينبغى الرجوع إليه.

(1) فقد اقترحت عليه فى عام "1965" عندما سافر لإعداد الدكتوراه فى جامعة "كيمبردج" أن يكون موضوع رسالته "الإثبات فى الفقه الإسلامى"، ووافق على ذلك، ثم عاد بعد عام معتذرا بأن الأستاذ الإنجليزى اقترح موضوعا آخر.

عوده ٣٣ـ نظرية "الإثبات" بالكتابة.... فرضت " الشريعة الإسلامية " الكتابة -٥٥- وسيلة لإثبات الدين المؤجل سواء كبرت قيمة الدين أو صغرت وذلك قوله ﷻ:﴿يأيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾. وقوله ﷻ: ﴿ولا تسأموا أن تكتبوه صغيرا أو كبيرا إلى أجله﴾. ويدخل تحت لفظ الدين كل التزام أيا كان نوعه؛ لأن الالتزام ليس إلا دينا في ذمة الملتزم للملتزم له، فيدخل تحت لفظ الدين القرض والرهن والبيع بثمن مؤجل والتعهد بعمل وغير ذلك (١) ...

أمـــا التصرفات التي تتم في الحال فليس من الواجب كتابتها مادام كل متعاقد قد وفّى بالتزاماته واستوفى حقوقه كمن يشتري شيئا من آخر ويتسلمه ويسلمه الثمن في الحـــال، ومثل هذه التصرفات يجوز إثباتها بغير الكتابة مهما بلغت قيمتها إذا أثبتت

الصدر ... تعليق "رقم -٥٥-" اختلفت آراء فقهاء المذهب الجعفري في الأمر بالكتابة المذكور في الآيـــة المباركة، فذهب قوم إلى أن المراد منه الوجوب تمسكا بظاهر الأمر، فإن الرأي السائد بين فقهاء المذهب الجعفري أن الأمر يحمل على الوجوب ما لم تقم قرينة على أن المراد منه معنى آخـــر، وذهـــب آخرون إلى أن المراد منه الاستحباب للسيرة القطعية على عدم التزام الكتابة الكاشـــفة عن عدم الوجوب، وذهب آخرون إلى أنه إرشاد لحكم العقل برجحان الكتابة. كما اختلف في حكم الكتابة والإشهاد المذكور في الآية المباركة بقية علماء المسلمين، وإليك ما ذكره الفخر الرازي في تفسيره الكبير حيث قال : "فقد اختلفوا فيه، فقال قوم بالوجوب وهو مذهب "عطـــاء وابن جريح والنخعي" واختيار "محمد بن جرير الطبري". وقال النخعي يشهد ولو على "دستجة بقل". وقال آخرون هذا الأمر محمول على الندب، وعلى هذا جمهور الفقهاء المجتهدين والدليل عليه أنا نرى جمهور المسلمين في جميع ديار الإسلام يبيعون بالأثمان المؤجلة من غير كتابة ولا إشهاد، وذلك إجماع على عدم وجوبهما ولأن في إيجابهما أعظم التشديد على المسلمين والنبي ﷺ يقول بعثت بالحنيفية السهلة السمحة ...

الشاوي ... رأيـــنا في هذا التعليق "رقم – ٥٥–" وبعده ورقم –٥٧– على البندين (٣٣+٣٤) يـــرجح السيد الصدر أن المراد من صيغة الأمر بالكتابة والإشهار مجرد الاستحباب لا الوجوب، ويستشهد على ذلك بأدلة عديدة ... ونحن لا نرى داعيا للجدل الطويل حول الوجوب وعدم الوجـــوب في كـــتابة العقود ويغنينا عنه ما قاله فقيهنا من أن النص عام ومرن، ولذلك يمكن أن يتسع لأي حكم اجتهادي تقتضيه المصلحة بوضع شروط للوجوب، وأجمل ما استنبطه فقيهنا هو أن الواجب الأول هنا هو تعلم الكتابة، وهذا هو الواجب الذي نحتاج إليه اليوم لمحو الأمية ...

(١) كذلك يمكن قياس أي التزام على الدين إذا احتفظ لكلمة الدين بمعنى القرض؛ لأن كليهما شيء مقوم التزم به بعد مضي أجل معين ...

﴿عوده﴾ باعتبارها وقائع لا باعتبارها التزامات؛ لأن الوقائع المادية يجوز إثباتها بكل طرق الإثبات ...

وظاهر من النص الذي فرض الكتابة أنه نص عام ومرن إلى حد بعيد، وأنه يصلح للتطبيق اليوم كما كان صالحا من ثلاثة عشر قرنا، كما سيكون صالحا للمستقبل البعيد، وهذه إحدى مميزات الشريعة التي هيأتها لتكون غير قابلة للتعديل والتبديل..

ويوم نزل هذا النص على رسول الله ﷺ كان العرب أميين يعيشون في أعماق البادية وفي خشونة من العيش، وأمثال هؤلاء تقل بينهم المعاملات بحيث لا تحتاج إلى تشريع خاص. ولو أن الشريعة كانت كالقانون تأتي على قدر حاجة الناس، لما جاء بها شيء خاص بإثبات الالتزامات، أو لجاء بها من الأحكام ما يتفق مع أمية العرب وجهالتهم، أما أن تجيء الشريعة على هذا الوجه فتفرض على الأميين كتابة الصغير والكبير، فذلك هو السمو الذي تتميز به الشريعة الكاملة الدائمة ...

فرضت الشريعة الإسلامية الكتابة بين الأميين لتحملهم على أن يتعلموا فتتسع مداركهم وتتثقف عقولهم، ويحسنوا فهم هذه الحياة الدنيا فيصبحوا "وقد تعلموا" أهلا لمنافسة الأمم الأخرى وللتفوق والسيطرة عليها. وهذه أغراض اجتماعية وسياسية بحتة. أما الغرض القانوني فهو حفظ الحقوق وإقامة الشهادات والابتعاد عن الريب والشكوك...

فالشريعة حين أوجبت الكتابة في الصغير والكبير جاءتنا بنظرية عظيمة ذات وجوه سياسية واجتماعية وقانونية، وهذه النظرية التي نزل بها القرآن على الرسول في القرن السابع الميلادي هي من أحدث النظريات في القوانين الوضعية، وفي المذاهب الاجتماعية الحديثة، فالدول قد بدأت من أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن الحالي تفرض على شعوبها أن يتعلموا تعليما إجباريا رجالا ونساء، وهذا الذي تفرضه الدول على الشعوب إنما هو تطبيق للنظرية الإسلامية في ناحيتيها السياسية والاجتماعية. وقد بدأت الدول تأخذ بالناحية القانونية من النظرية في أواخر القرن الثامن عشر وأوائل القرن التاسع عشر، حين اشترط القانون الفرنسي الذي أخذت عنه القوانين الأوروبية، أن يكون الدين مكتوبا إذا زاد عن مقدار معين، ولكن شراح القانون رأوا أن نظرية الإثبات بالكتابة تكون أكمل وأكثر توفيقا لو اشترطت الكتابة في الصغير والكبير، وظلوا ينادون برأيهم هذا حتى حققته أخيرا بعض دول أوربا، ولا يزال الشراح في الدول الأخرى ينادون به ويأملون تحقيقه. وإذن فأحدث نظريات الإثبات في عصرنا الحاضر هي نفس نظرية الشريعة الإسلامية أخذت بها بعض القوانين الوضعية، ولايزال الشراح في بعض الدول يطالبون دولهم أن تأخذ بها ...

۞ 33 – نظرية الإثبات بالكتابة :

ما قاله فقيهنا هنا بصدد مبدإ وجوب الكتابة عند إنشاء التصرفات والعقود يؤيد ما ذكرناه فى تعليقنا على البند السابق. فقد ذهب إلى أنه قصد بوجوب الكتابة إلزام أفـراد المجـتمع البدوى من الأميين فى عهد الرسول (ﷺ) بأن يتعلموا الكتابة حتى يحـرروا صـكوكا بالتصـرفات والعقود، وأوجب على المتعلمين أن يؤدوا واجب مساعدة غيرهم بأن يحرروا لهم الصكوك لإثبات التصرفات ؛ بل ذهب النص القرآنى إلى حـد إلـزامهم بـأن يكتبوا ما يمليه من عليه الحق، أو وليه أو وصيه إذا لم يكن راشـدا. وقـد بنى على ذلك قوله بأن الشريعة سبقت جميع النظم إلى وجوب تعلم الـناس الكـتابة، وأن ما يسمونه الآن وجوب "محو الأمية" إنما هو تطبيق لهذا المبدإ الـذى فرضه القرآن منذ أكثر من أربعة عشر قرنا، كل ذلك يدل فى نظرنا على أن المقصود الأول من النص هو الدعوة لتوثيق العقود وإعداد الدليل فى أثناء إجراءات الـتعاقد أو التصرف، وقبل حدوث أى نزاع أو تقاض بشأنه حتى يسد الباب على حدوث النزاع ويتفادى عرضه أمام القضاء، "فيما بعد"، فهى عملية إعداد كتابة أو توثيق وتسجيل وإعلان وإشهار للتصرف لامجرد قاعدة من قواعد الإثبات كما يفهم البعض .

وهـو عـلى حق فى الإشارة إلى مرونة النص وتعدد مراميه وأهدافه، وأنه يزود المجـتمعات الإنسانية بما تحتاج إليه من أحكام لما يستجد لها من ظروف بدليل أنه بدأ بمحو الأمية التى مازالت مشكلة تواجه كثيرا من الشعوب حتى الآن .

ولفظ الدين الوارد فى النص واسع عام، يدخل فى نطاقه جميع الالتزامات والحقوق بمـا فى ذلك الحقوق العينية والتصرفات المتعلقة بها، بل هى أولى من غيرها بالكتابة كما هو معروف .

<عوده> ٣٤ـ *نظرية إثبات الدين التجاري* ... اشترطت الشريعة "كما بينا" الكتابة لإثبات الدين سواء كان الدين صغيرا أو كبيرا، ولكنها استثنت من هذا المبدإ العام الدين التجاري[١]، وأباحت إثباته بغير الكتابة من طرق الإثبات وذلك قوله ﷻ : ﴿إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها﴾. والعلة في استثناء الديون التجارية من شرط الكتابة-٥٦- أن الصفقات التجارية تقتضي السرعة ولا تحتمل الانتظار، ولأن المعاملات التجارية أكثر عددا وتكرارا وتنوعا، فاشتراط الكتابة فيها يؤدي إلى الحرج وقد يضيع فرصة الكسب على المشتري أو يعرض البائع للخسارة، ومن أجل هذا لم تقيد الشريعة المعاملات التجارية بما قيدت به المعاملات المدنية من اشتراط الكتابة.

والنص المقرر لهذه النظرية عام ومرن إلى آخر الحدود بحيث لا يحتاج على مر الأزمان تعديلا أو تبديلا، وليس أدل على ذلك من صلاحيته لوقتنا الحاضر مع أنه نزل منذ أكثر من ثلاثة عشر قرنا ...

ومن يعرف شيئا عن تاريخ العرب وحالهم وقت نزول النص يعلم أن النص لم يترل مجاراة لحال الجماعة أو تمشيا مع ما وصلت إليه، وإنما كان نزول النص ضرورة لتكميل الشريعة الدائمة الكاملة ولرفع مستوى الجماعة وتوجيههم الوجهة الصالحة..

وليس أدل على سمو الشريعة وكمالها من أن نظرياتها في إثبات الدين التجاري هي نفس النظرية السائدة اليوم في القوانين الوضعية الحديثة، وأنها تعتبر أحدث ما وصل إليه القانون الوضعي في عصرنا الحاضر ...

٣٥ـ *نظرية حق الملتزم في إملاء العقد* ... جاءت الشريعة الإسلامية بمبدإ عام أوجبته في كتابة العقود هو أن يملي العقد الشخص الذي عليه الحق أو بمعنى آخر أضعف الطرفين. والمقصود من هذا المبدإ العام هو حماية الضعيف من القوى، فكثيرا ما يستغل القوي مركزه فيشترط على الضعيف شروطا قاسية فإن كان دائنا مثلا قسا على المدين، وإن كان صاحب عمل سلب العامل كل حق واحتفظ لنفسه بكل حق، ولا يستطيع المدين أو العامل أن يشترطا لنفسيهما أو يحتفظا بحقوقهما لضعفهما، فجاءت الشريعة وجعلت إملاء العقد للطرف الضعيف لتحفظ به حقوقه، ولتحميه من التورط، ولتكون شروط العقد معلومة له حق العلم، وليقدر ما التزم به حق قدره..

الصدر ... تعليق "رقم -٥٦-" إن قلنا بوجوب كتابة سواها ...

(١) استثنت الشريعة أيضا من الإثبات بالكتابة حالة الضرورة وذلك قوله ﷻ:﴿وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة فإن أمن بعضكم بعضا فليؤد الذي اؤتمن أمانته﴾. البقرة (٢٨٣) .

﴿عوده﴾ وهــذه الحالــة التي عالجتها الشريعة من يوم نزولها هي من أهم المشكلات القانونية في عصرنا الحاضر، وقد برزت في أوربا في القرن الماضي على أثر نمو النهضة الصــناعية وتعــدد الشــركات وكثرة العمال وأرباب الأعمال. وكان أظهر صور المشكلة أن يستغل رب العمل حاجة العامل إلى العمل أو حاجة الجمهور إلى منتجاته فيفرض على العامل أو على المستهلك شروطا قاسية يتقبلها العامل أو المستهلك وهو صــاغر، إذ يقــدم عقد العمل أو عقد الاستهلاك مكتوبا مطبوعا فيوقعه تحت تأثير حاجــته لــلعمل أو حاجته للسلعة، بينما العقد يعطي لصاحب العمل كل الحقوق ويرتب على العامل أو المستهلك كل التبعات ...

فذلك العقد الذي نسميه اليوم في اصطلاحنا القانوني "عقد الإذعان" ...

وقد حاولت القوانين الوضعية أن تحل هذا المشكل، فاستطاعت أن تحله بين المنتج و"المستهلك" بفرض شروط تحمي المستهلك من المنتج، وبتعيين سعر السلعة. ولكنها لم تســتطع أن تحــل إلا بعض نواحي المشكلة بين أصحاب الأعمال والعمال، مثل إصابات العمال والتعويضات التي يستحقها العامل إذا أصيب أو طرد من عمله؛ لأن الــتدخل بــين صــاحب العمل والعامل في كل شروط العمل مما يضر بسير العمل والإنــتاج. وبقيــت للمشــكلة نــواح مهمة، فأجر العامل وساعات العمل ومدة الإجــازات وغيرهــا يحاول العمال من ناحيتهم حلها بتأليف النقابات والاتحادات وتنظــيم الإضرابات. ويرى العمال أن حل مشكلاتهم لن يتأتى إلا إذا كان لهم حق إملاء شروط عقد العمل، ويظاهرهم على ذلك بعض المفكرين والكتاب. فهذا الحق الــذي يطالب به العمال في كل أنحاء العالم والذي أضرب العمال من أجله وهددوا السلم والنظام في دول كثيرة في سبيل تحقيقه، هذا الحق الذي حقق القانون الوضعي بعضــه ولم يحقق بعضه الآخر، والذي يأمل العمال أن يتحقق كله إن قريبا أو بعيدا. هــذا الحــق قررته الشريعة الإسلامية كاملا للضعفاء على الأقوياء وللملتزمين على الملــتزم لهــم، وجاء به القرآن في آية الدين في قوله ﷻ: ﴿وليملل الذي عليه الحق وليــتق الله ربــه ولا يبخس منه شيئا فإن كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل﴾ ...

وظاهر أن صيغة النص بلغت من العموم والمرونة كل مبلغ ...

وهذا هو الذي جعل الشريعة تمتاز بأنها لا تقبل التغيير والتبديل ...

ووجــود هذا النص في الشريعة دليل بذاته على سموها وكمالها ورقيها وعدالتها، فقد جاءت به منذ أكثر من ثلاثة عشر قرنا، بينما القوانين الوضعية لم تصل إلى تقرير مثله حتى الآن مع ما يدعى لها من الرقي والسمو ...

❁ 34 – 35 – نظرية التوسع فى وسائل الإثبات فى المعاملات التجارية وحق الملتزم فى إملاء شروط العقد :

إنـــنا نـــرى فى عصـــرنا الحاضـــر تطورات كثيرة فى المعاملات التجارية، استلزمت الاســـتفادة بوســـائل التراسل والاتصال المستحدثة مثل "التلكس والفاكس"، فضلا عن الرســـائل البرقية والتليفونية عبر حدود الأقطار والقارات فى جميع أنحاء العالم، وأكثر من ذلـــك ممـــا يتوقع استحداثه فى المستقبل مما هو أدق من ذلك وأسرع لتبادل المعلومات ولتســـهيل المعاملات التجارية وسرعة إتمامها وسهولة إثباتها حتى وصل الأمر إلى الاكتفاء بالدفاتر التجارية وسجلات البنوك ... إلخ .

هـــذا كله يؤكد مدى دقة النصوص القرآنية وأهدافها البعيدة، فقد استثنت الآية الكريمة المعاملات التجارية مما فرضه القرآن من واجب الكتابة والإشهار والتسجيل لـــلعقود والتصـــرفات "منعا للنزاع والخصام بشأنها فى المستقبل". والتأمل فى مدى مرونتها يؤكد مصدرها الإلهى الذى عدَّه فقيهنا دليلا على أن مبادئ الشريعة لم تكن ثمـــرة لأوضاع المجتمع فى عصر الرسالة، ولا فى أى عصر آخر من العصور، بل هذا دليل آخر على ما أراده الله لأصولها ونظرياتها من خلود وثبات ومرونة تجعلها صالحة للتطـــبيق فى كل زمان ومكان، الأمر الذى يشير إليه "فقيهنا" فى كل مناسبة ويؤكده ويـــورد الدليـــل تلو الدليل عليه. ولذلك عَدَّ هذا النص أساسا لنظرية خصبة وليس مجرد استثناء من قاعدة الإثبات بالكتابة .

ونحـــن نؤيـــده فيما قاله من أن ذلك السمو والكمال لمبادئ شريعتنا ونظرياتها لا يعنى مطلقا جمودها طالما أن التجديد هو من أهم أصولها وأول خصائصها عن طريق الاجـــتهاد والإجماع الذى يثرى أحكامها بكل ما يلزم لمواجهة ما يجد من مشكلاتنا تقتضيها ظروف الزمان والمكان .

* * *

مـــرة أخرى نؤيده فى الإشادة بالحكمة البعيدة التى ترمى إليها النصوص القرآنية الـــتى يجـــب عَدُّها أساسا لنظريات تتسع لمواجهة المشكلات المستقبلية التى لم يكن المفسرون يتوقعونها من قبل فى عهد الرسالة أو العصور التاريخية السابقة المتوالية .

۞ حماية الطرف الضعيف فى عقود الإذعان :

ثم إنــه بيَّن أهمية ما قرره القرآن من أن الذى عليه الحق هو الذى يجب أن يتولى إملاء شروط التعاقد أو التصرف على كاتبه،وقال إن هذا المبدأ يعالج مشكلة أوجدتها ظروف استحدثتها المدنية المعاصرة أخيرا وسوف تزداد أهميتها فى المستقبل، وهى التى يشير إليها الفقه المعاصر بشأن عقود الإذعان التى تُعدها الشركات الكبرى وشركات القطــاع العام والمؤسسات العالمية (يشار إليها اليوم بالشركات متعددة الجنسيات) وتفرض شروطها على العمال أو المستهلكين. وقدجرت على أن تضع شروط العمل والتزامات العمال وشروط التعاقد مقدما، وكذلك مواصفات الإنتاج، وتفرض كل شــروطها عــلى الطرف الآخر، ويلتزم المستهلك أو المشترى أو العامل أو الموظف بالخضوع لها بسبب ما تتمتع به من قوة مالية تنتج عادة عن احتكار فعلى أو سيطرة على السوق بحكم الواقع أو حتى بحكم القانون .

فى مواجهــة هذه المشكلة وعلاجا لها قد بيَّن أن النص القرآنى قد أعطانا الأساس الــذى يجــب أن تبنى عليه نظرية كاملة تزودنا بالحلول والأساليب والمبتكرات التى نســتطيع بها حماية المتعاقد الذى يمثل الطرف الضعيف فى مثل هذه العقود، وقد ذكر مــن أمثلــتها تدخل الفقه أو "المشرع" أو المؤسسات النقابية لإصدار قواعد آمرة تفرض شروطا ملزمة للطرفين فى مثل هذه العقود، وهدفها الأول هو الحد من تغول الأطراف القوية فى عقود الإذعان واستغلالها لقوتها الاقتصادية أو احتكارها الفعلى أو القــانونى لكى تفرض فى العقد شروطا لصالحها تضر بالطرف الآخر الأضعف منها، وتــتجاهل مصــالحه وحقوقه، وبذلك تحمى مصالح العمال والمستخدمين، وكذلك مصالح جمهور المستهلكين والمتعاملين معها من صغار التجار والشركات والأفراد .

هــذا هــو قصد "فقيهنا"من اعتبار هذه العبارة التى اشتملت عليها الآية الكريمة أساســا لنظرية واسعة شاملة وليست مجرد حكم فرعى أو قاعدة أو مبدإ قانونى كما يظــن القارئ السطحى. "ونحن نرى" أن هذا هو مايجب البحث عنه فى جميع نصوص القرآن والسنة؛ لأن فيها معانى ومقاصد لاتظهر لنا إلا عند مراجعتها بقصد استنباط أحكام جديدة أو المفاضلة بين الآراء العديدة والمذاهب المختلفة سواء منها القديمة أو الجديدة، وذلك عندما تحدث ظروف اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية جديدة لم يعرفها

❁ نموذج لاستنباط النظريات من حكم فرعي :

أســلافنا أو لم يتوقعوها برغم ما وصلوا إليه من عبقرية، وما بذلوه من جهد فى بناء صرح فقهنا العظيم الذى نعتز به ونفخر به دائما، لكن هذا الاعتزاز والفخر لايعفينا من البحث لمواجهة المشكلات المستحدثة.

إن إيمانــه بســمو الشــريعة ومرونتها وخلودها قد أدى به إلى فتح باب التنظير والسير فيه بجد ومقدرة عالية عندما قرر أن هذه النصوص القرآنية ليس المقصود بها مجرد أحكام فرعية أو قواعد أو مبادئ قانونية كما يظن البعض، بل هى أيضا أصول ثابتة لنظريات خصبة واسعة ومرنة يجب علينا أن نتعمق أهدافها ومقاصدها لكى تفتح لـنا أبوابـا للتجديد فى أحكام الفقه وإثرائها وتطويرها لكى تواجه ما يستحدث فى المعـاملات والمجـتمعات فى الحاضـر والمستقبل من معضلات ومشكلات وقضايا لم يواجهها فقهنا فى العصور الماضية .

﴿عوده﴾ ٣٦ـ *نظرية تحريم الامتناع عن تحمل الشهادات* ... حرمت الشريعة على الإنسان أن يدعى للشهادة فيمتنع عنها، أو أن يشهد واقعة فيكتمها، أو يذكرها على غير حقيقتها وقد نص على الحالة الأولى في آية الدين في قوله ﷻ : ﴿ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا﴾. والمقصود إباؤهم حينما يدعون ليشهدوا تصرفا ما أو واقعة معينة، فالنص جاء خاصّا بتحمل الشهادة وليس خاصّا بأدائها. أما الحالتان الثانية والثالثة، فقد نص عليهما في قوله ﷻ : ﴿ولاتكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه﴾ [البقرة:٢٨٣]. وفي قوله ﷻ : ﴿يأيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين إن يكن غنيا أو فقيرا فالله أولى بهما فلا تتبعوا الهوى أن تعدلوا وإن تلووا أو تعرضوا فإن الله كان بما تعملون خبيرا﴾ [النساء:١٣٥]. والنصان الأخيران خاصان بتحريم كتمان الشهادة أو الامتناع عن أدائها وبتحريم شهادة الزور ...

والقوانين الوضعية اليوم تأخذ بنظرية الشريعة في تحريم شهادات الزور أو كتمان الشهادة، ولكنها لم تصل بعد إلى تحريم الامتناع عن تحمل الشهادة، ولاشك في أن الشريعة تتفوق على القوانين الوضعية من هذه الوجهة، فإن المصلحة العامة تقضي بالتعاون على حفظ الحقوق وبتسهيل المعاملات بين الناس، والامتناع عن تحمل الشهادة يفضي إلى تضييع الحقوق ويؤدي إلى تعقيد المعاملات وبطئها. وهناك عقود لابد فيها من حضور الشهود كعقد الزواج-٥٧- ...

فإذا كان الامتناع عن تحمل الشهادات مباحا تعطلت هذه العقود ...

ومن ير النصوص التي جاءت في تحريم الامتناع عن تحمل الشهادة أو في تحريم كتمانها أو تغييرها يعلم مدى ما بلغته هذه النصوص من العموم والمرونة ويفهم العلة في أن الشريعة لا تقبل التعديل أو التبديل ...

ومن يقارن الشريعة الإسلامية بالقوانين الوضعية يعلم مدى ما وصلت إليه الشريعة من السمو والكمال، ويتبين أن نصوص الشريعة لم ترد مسايرة لحال الجماعة وإنما وردت لتكمل الشريعة بما تحتاج إليه الشريعة الكاملة الدائمة، ولترفع مستوى الجماعة حتى تقترب من مستوى الشريعة الكامل ...

(المصدر) ... تعليق "رقم -٥٧ " وقد بينا آراء فقهاء المسلمين سابقا فراجع ...

﴿عوده﴾ ٣٧ ـ *أحكام أخرى في آية الدين* ... هذه أربع نظريات جاءت بها آية واحدة من القرآن هي آية الدين أخذت القوانين الوضعية الحديثة باثنين منها وبدأت تأخذ بالثالثة ولم تأخذ بعد بالرابعة، وليست هذه النظريات الأربع هي كل أحكام آية الدين، وإنما هي بعض أحكامها، فالآية تشترط أن يكون الكاتب محايدا عدلا عالما بأحكام الشريعة فيما يكتبه، وتوجب عليه ألا يمتنع عن الكتابة، وتشترط أن يشهد على سند الدين رجلان أو رجل وامرأتان وتوجب عدم الإضرار بالكاتب أو الشاهد، وهذه كلها مبادئ عامة لا نستطيع أن نستعرضها جميعا في هذا الكتاب الذي خصصناه للمبادئ العامة الجنائية، وإذا كنا قد تكلمنا عن نظريات دستورية واجتماعية وإدارية ومدنية، فإنما قصدنا من ذلك أن نبين أن نصوص الشريعة في كل ما جاءت فيه تتميز بالكمال والسمو والدوام حتى لا يظن البعض أن هذه المميزات تتوافر في قسم دون آخر من الشريعة-٥٨- ...

٣٨ ـ *تذكير* ... وقبل أن أنتقل إلى موضوع البحث أحب أن أقول للمسلمين الذين يعتقدون "خطأ" أن الشريعة الإسلامية لا تصلح للتطبيق في عصرنا الحاضر أحب أن أقول لهؤلاء : إن هذه العقيدة لا تتفق مع عقيدة الإسلام الذي يدَّعونه

[الصدر] ... التعليق "رقم -٥٨-" الرأي السائد بين فقهاء المذهب الجعفري عدم اشتراط الشهادة في عقد الزواج، ووافقهم على ذلك "أبو ثور" وجماعة من فقهاء المسلمين ...

ويكفي دليلا على عدم اشتراط الشهادة إطلاق الأدلة غير المقيدة بالشهادة مع ضعف ما استدل به على اشتراطها. فقد استدل على ذلك أولا بما جاء عن ابن عباس من أنه قال : "لا نكاح إلا بشاهدي عدل و ولي مرشد" ولكن هذه الرواية لا يمكن اعتمادها؛ لأن ابن عباس لم يرفعها إلى النبي ﷺ فلعلها من فتاواه فلا تكون حجة على غيره من الفقهاء،مع أن الخبر ضعيف السند لما ذكره ابن رشد في كتابه بداية المجتهد عن الدارقطني من أن في سنده مجاهيل. أما ما استدل به ثانيا وهو ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: "أعلنوا هذا النكاح واضربوا عليه بالدفوف". فلا يمكن الاستدلال به للوجوب، ولو ثبت اعتبار الرواية لأن الإعلان غير الإشهاد؛ ولأن الأمر بضرب الدفوف ليس للوجوب قطعا فلا يبقى في الأمر بالإعلان ظهور في الوجوب ...

[الشاوي] ... رأينا في "تعليق -٥٨-" السيد "الصدر" يقدم لنا هنا الحجج التي استندوا إليها للتفرقة بين وجوب علانية الزواج، "وهو أمر متفق عليه بين السنة والشيعة"، وبين إيجاب حضور الشهود الذي يشترطه جمهور مذاهب السنة لصحة انعقاد الزواج ...

﴿عوده﴾ ويحرصـــون على التمسك به، وأن عليهم أن يذكروا قوله ﷻ : ﴿أفتؤمنون بـــبعض الكتاب وتكفرون ببعض فما جزاء من يفعل ذلك منكم إلا خزي في الحياة الدنيا ويوم القيامة يردون إلى أشد العذاب وما الله بغافل عما تعملون﴾ [البقرة:٨٥]. وليعـــلم هؤلاء أن سبب تأخرنا وانحطاطنا هو أننا لم نطبق الشريعة تطبيقا عادلا ولا كاملا في عهودنا المظلمة المتأخرة، وأن حكامنا من الأتراك والمماليك كانوا يحكّمون هواهـــم في كل ما يهتمون به، ويحكمون الشريعة فيما لا يضرهم ولا ينفعهم. وإذا كان سبب تأخرنا هو إهمال الشريعة، وترك أحكامها فلن يجدينا الأخذ بالقوانين شيئا، بل سيزيدنا تأخرا على تأخر، وانحطاطا على انحطاط، وإنما علاجنا المجدي هو القضاء على سبب التأخر والعودة لأحكام الشريعة ...

لقد طبق آباؤنا بعض أحكام الشريعة دون البعض الآخر، وآمنوا ببعض الكتاب وكفروا ببعضه؛ فصدقهم الله وعده: ﴿إن وعد الله حق﴾، وأخزاهم في الحياة الدنيا، وجئنا نحن على آثارهم نتبعهم ونؤمن إيمانهم، فأخزانا الله كما أخزاهم، وسلط علينا كما سلط عليهم وجعلنا عبرة لأولي الألباب، ولن يغير الله ما بنا حتى نغير ما بأنفسنا وقلوبنا ونؤمن بالكتاب كله. ذلك وعد الله، والله يقول الحق وقد قال ﷻ : ﴿إن الله لا يغير ما بقوم حتى يغيروا ما بأنفسهم﴾ [الرعد:١١] ...

لقـــد آمن المسلمون الأوائل وحسن إيمانهم فمكن الله لهم في الأرض، وإن الذي مكـــن لهم على قلتهم وضعفهم قادر أن يمكن لنا في الأرض إذا آمنا وحسن إيماننا. ذلـــك وعد الله لعباده في قوله ﷻ : ﴿وعَد الله الذين آمنوا منكم وعملوا الصالحات ليستخلفنهم في الأرض كما استخلف الذين من قبلهم ﴾ [النور:٥٥]. وذلك وعده لمـــن اتبع كتابه وتمسك بشريعته حيث يقول ﷻ : ﴿قد جاءكم من الله نور وكتاب مبين ۞ يهدي به الله من اتبع رضوانه سبل السلام ويخرجهم من الظلمات إلى النور بإذنه ويهديهم إلى صراط مستقيم﴾[المائدة ١٥، ١٦] ...

36- 38- نظرية التزام الفرد بتحمُّل الشهادة وأدائها ليس معناها تقييد سلطة القاضي وأهمية التنظير وضرورة التنسيق بين النظريات ودعوتنا لمواصلة مرحلة التنظير:

إن حبه للشريعة وإعجابه بمبادئها وأحكامها قد مكناه من استنباط نظريات واسعة وخصبة من النصوص التى جرى البعض على عَدِّها مجرد أحكام تكليفية أو فرعية أو توصيات أخلاقية أو قواعد سلوكية، كما يظهر للقارئ العادى من النظريات التى استنبطها من العبارات التى استخرجها من آية الدَّين فى سورة البقرة.

قوله إن المقصود الأول من النص هو واجب الأفراد جميعا فى تحمُّل الشهادة، أى الاستجابة لمن يستشهدهم على صك أو تعاقد أو تصرف عند إنشائه، إنما يؤكد ما أشرنا إليه فى تعليقنا على البند (32) وما بعده من أن هذه الآية الطويلة ليست خاصة بقواعد الإثبات عند التقاضى أو التخاصم، وإنما قصد بها وجوب إعداد وسائل أو مؤسسات لإشهار التصرفات والعقود وتوثيقها عند إنشائها سدًّا لأبواب النزاع والخصام التى تطرأ فيما بعد. والآن قد استطرد حتى توصل إلى الإقرار بما قدمناه من قبل من أن الاستشهاد يقصد به أحكام تحمل الشهادة عند إنشاء العقد، ودليل ذلك تأكيده: "أن النص جاء خاصا بتحمل الشهادة، أما أداء الشهادة أمام القضاء فذلك مستفاد من نصوص أخرى أشار لها مثل قوله ﷻ: ﴿ولاتكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه﴾[سورة البقرة:283].

واضح فى هذه الآية [البقرة: 283] والأخرى سورة [النساء : 135] أن الخطاب موجه للشاهد عندما يدعى لأداء الشهادة، وليس موجها للقضاء يأمره بألا يحكم إلا بناء على شاهد أو اثنين أو أكثر فى جميع الأحوال كما يفهم البعض ــ ولانوافق على اتخاذهما أساسا لحرمان القاضى من الاقتناع بأدلة أخرى غير الشهود.

الخلاصة أننا نعتبر قواعد الإثبات أمام القضاء يرجع فيها أولا إلى القواعد العامة فى الأدلة الإقناعية ولايستثنى من ذلك إلا بناء على نص صريح ولا نعتبر أن هذه الآية قد غيرت هذا المبدأ أو أدخلت عليه استثناء ...

* * *

نؤيد إشارته إلى أن هذه الآية الواحدة من القرآن الكريم لم تقتصر على النظريات الأربع التى عرضها، بل مازالت تقرر مبادئ أخرى، هى فى نظره نظريات يجب التوسع فيها والاستفادة منها. وهذا يؤكد أن آيات كثيرة أخرى فى القرآن، بل والأحاديث النبوية تؤخذ نصوصها فى نظر البعض على أنها "أحكام فرعية" فقط. يجب أن يعاود الفقه فى الحاضر والمستقبل تفسيرها والتعمق والتوسع فى دراستها ليستنبط منها نظريات كبرى متميزة تفتح لنا أبواب الاجتهاد فى الحاضر والمستقبل، وما قدمه لنا من نظريات أشرنا إليها ليس إلا نموذجا يجب احتذاؤه والتوسع فيه .

❁ هذه نماذج النظريات التشريعية ــ وهي أوسع من النظريات الفقهية الخاصة بكل مذهب:

وفى رأينا أن "التنظير" ليس إلا توسعا فى "القياس" الذى سار فقهاء كثيرون على حسبانه شاملا لكل صور "الاجتهاد" فى الفقه. ونرى نحن أن استنباط نظريات عامة ليس إلا إعمالا لمبدإ القياس والاجتهاد وتوسيع نطاقه فى هذه المرحلة التى نحتاج فيها إلى أحكام كثيرة مستحدثة .

ونلاحظ أنه أشار هنا إلى أنه تكلم عن نظريات ومبادئ دستورية واجتماعية وإدارية ومدنية ... ونضيف أنها فى الواقع مبادئ ونظريات تشريعية شاملة، لها آثارها فى كل الأحكام الفرعية فى جميع أقسام التشريع بما فى ذلك التشريعات الجنائية والإجراءات الجنائية. وعلينا نحن ومن بعدنا أن نراعى ذلك فى دراستنا لتلك الأحكام.

النظريات التشريعية التى عرضها وما يمكن أن يستنبطه من يسيرون على نهجه ليست محدودة فى نطاق فرع معين من فروع الفقه، بل إن مفعولها يمتد إلى جميع فروع التشريع ومجالاته، ويجب مراعاة أثر كل منها عند تطبيق النظريات الأخرى والتنسيق بينها ولو اقتضى الأمر تحديد نطاق واحدة منها بما تفرضه النظريات الأخرى.

مثال ذلك أن نظرية الحريات لا يمكن أن تتجاهل نظرية تضامن الأسرة ووحدتها فى شريعتنا، وما فرضته لجعلها نواة المجتمع وخليته الأولى التى تضمن بقاءه بإمداده بأجيال متوالية من الذرية الصالحة، لذلك جعلها الإطار الشرعى الوحيد للمعاشرة الجنسية وتحريم كل اتصال جنسى خارج نطاقها والمعاقبة عليه بحسبانه جريمة زنا أو فاحشة. لذلك فإن العلاقات الجنسية خارج نطاق الأسرة الشرعية القائمة على زواج الرجل والمرأة لا يجوز عَدُّها ضمن الحريات كما هو حادث فى المجتمعات الغربية، التى تحاول فرض هذا الاتجاه على المجتمعات الناشئة لمنعها من زيادة السكان التى تحفظ قدرا من التوازن بينها وبين المجتمعات الصناعية المتقدمة التى يقل فيها النسل لأسباب لا تستطيع أن تقاومها.

كما أن نظرية المساواة تطبق إلى أقصى حد فى النصوص القرآنية التى تفرض عقوبات مقدرة لجميع المحكوم عليهم فى جرائم الحدود والقصاص، وأساس ذلك المساواة الكاملة بين الجناة أولا ثم بين الجانى والمجنى عليه فى القصاص.

ومساواة المرأة مع الرجل تخضع لنظام الأسرة الذى يستوجب أن يكون لها رئيس كما هو الحال فى المجتمع. حيث لا يمكن أن يوجد مجتمع ولا هيئة ولا جماعة أيا كانت بدون رئيس، ورئاسة الزوج للأسرة يقابلها التزامه بالإنفاق عليها ... كما يشير لذلك صراحة نص الآية الكريمة ... بقوله ﷻ : ﴿الرجال قوّامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم ...﴾ [النساء : 34] .

❁ يجب التنسيق بين النظريات المختلفة لأن كلا منها يحدد نطاق النظريات الأخرى حتى لاتكون مطلقة لاحدود لها :

وفى نطــاق التشـــريع الجنائى، فإننا فى أشد الحاجة إلى النظريات العامة التى يمكن الاستعانة بها فى "تقنين التعازير" والتى يجب استنباطها من الآيات القرآنية مثل النصوص التى تعاقب على السرقة باعتبار أن هذا العقاب المفروض حدّا على السرقة يوجب على أهــل الاجتهاد أن يستحدثوا أحكام التعزير على أنواع أخرى من الاعتداء على مال الغـــير مـــثل العقاب على جرائم اختلاس المال العام، والنصب وخيانة الأمانة والحريق والإتلاف ومإليها. لأنها كلها تعازير لازمة لضمان حرمة مال الأفراد والجماعات ...

وسوف نشير إلى أننا استفدنا من النصوص القرآنية التى تفرض الاستئذان وتحرم التجسس لبناء نظرية حرمة أسرار الحياة الخاصة، التى جعلناها أساسا لنظرية التفتيش فى الإجـــراءات الجـــنائية، وسنرى أنها فى نطاق التعازير تفيدنا فى تجريم أفعال أخرى تنتهك حرمة الأسرار الشخصية.

والحكم التكليفى الذى نص عليه القرآن بتحريم شهادة الزور هو فى نظرنا أساس للتعزير على جرائم التزوير والتزييف وما إليها ...

* * *

إنـــنا نقدر ما يشير إليه فقيهنا من التفرقة بين مبادئ الشريعة وأصولها ونظرياتها، وبين تطبيقها فى الفقه فى العصور التاريخية المتعاقبة والمختلفة، سواء فى الواقع العملى أو فى الفقـــه الـــنظرى فى بعض الأحيان. فالسمو والخلود والتباهى بقداسة الشريعة وعدالتها والدعوة لتطبيقها والالتزام بها لايجوز أن يفهم البعض منه أننا ندعو للالتزام فقط دائما بما سارت عليه مجتمعاتنا وماقاله علماؤنا فى العصور السابقة ولاالعودة إلى مـــا وصـــل إليه أسلافنا من الحكام أوالفقهاء، ولاتجميد الفقه على ما وصل إليه فى الماضى فى كتب أسلافنا، وخاصة فى كثير مماكتب فى عصور التخلف والضعف أو أى عصر من العصور التى مرت بها شعوبنا وأمتنا.

ومـــن ناحيتنا، فإن تقديرنا لما قدمه لنا فقيهنا الشهيد مما نعده اجتهادات عصرية فى الفقه الجـــنائى، ليس معناه عدم مناقشة أقواله، ولاآرائه ولاأقوال من سبقوه أو من يجيئون بعده مـــن الفقهاء أو العلماء أو المفتين أو المجتهدين، فالفقه كله قديمه وحديثه اجتهادات بشرية قابلة للمناقشة والتمحيص، وإنما يقصد به استنفار الأجيال الحاضرة والمستقبلية للسير على مـــنهاجه فى الـــتعمق فى أسرار النصوص والمبادئ الشرعية واعتبارها أصولا عامة يجب أن تكـــون أساسا لنظريات واسعة ومرنة تزودنا بما نحتاج إليه فى الحاضر والمستقبل من أحكام اجتهادية فى التشريع والفقه، وألا نكتفى باعتبارها مجرد أحكام فرعية كما يظن البعض ...

تقديرنا لاهتمامه بالنظريات ودعوتنا لمواصلة مابدأه :

لكـــى نختم تعليقنا على هذا الفصل التمهيدى الذى وصفه بأنه " تقديم وتوجيه" قـــبل الدخـــول فى صلب البحث ومنهجه، نجد من واجبنا أن نلفت نظر القارئ إلى أمـــرين يـــبرران ما أشرنا إليه دائما من أهمية آراء " فقيهنا الشهيد " واجتهاداته أو كـــتابه والهدف من مشروعنا لجعله محورا لموسوعة شاملة للفقه الجنائى الإسلامى فى عصرنا الحاضر، يمكن أن تستفيد منها وتبنى عليها الأجيال القادمة فى المستقبل صرحا عظيما لفقهنا .. نأمل ألا يقل عما بناه أسلافنا فى جميع العصور السابقة.

وهذان الأمران هما :

أ : اتجاه فقيهنا إلى بناء نظريات تشريعية واسعة خصبة على أساس ما كان يُعَدّ فى نظر كثيرين مجرد أحكام فرعية أو قواعد ومبادئ وردت بها نصوص القرآن الكريم أو السنة النبوية.

ب: أن اخـــتياره للمبادئ التى عَدَّها موضوع نظريات عامة فى الفقه والتى تعرض لها فى هذا التقديم لم يقصد حصر نظريات جامعة، بل هى فى نظره أمثلة انتقائية يجب أن يضاف إليها أكثر منها فى المستقبل كما فعل هو فيما سبق.

وقد أشرنا فى حاشيتنا على البند السابق ٣٧ إلى نظريات تضامن الأسرة ووحدها ونظـــريات حرمة الأموال وحرمة أسرار الحياة الخاصة التى تفيدنا كثيرا فى استنباط التعازير التى يجب تقنينها فى نظرنا.

وإذا كان هذا رأينا فى تعداد هذه النظريات، فقد رأينا أن علينا دعوة القارئ إلى الـــنظر فيما اقترحناه من بعض التعديلات فى ترتيبها وتصنيفها وتسمية بعضها كما أســـلفنا فيما سبق، كما ندعوه إلى عدم التسرع فى الحكم على ما نقدمه من أفكار أو آراء تتجاوز ما عرضه علينا، أو تزيد عليه أو تخالفه، فنحن لم نفعل سوى أن بذلنا جهدنـــا فى الســـعى نحو الهدف الذى أجهد نفسه من أجله، وهو إقناع الجميع بأن الشـــريعة قـــادرة على أن تزودنا بكل ما نحتاج إليه فى الحاضر والمستقبل من أحكام وتشريعات تحقق مصالح الأفراد والجماعات وتوجهها نحو المثل العليا التى رأينا كثيرا من نماذجها فى النظريات التى استعرضناها من قبل، وسنرى أكثر منها فيما بعد.

إنـــنا الآن فى بدايـــة مرحلة "التنظير" التى يقصد بها وضع الأسس "نظريات عامة" تســـاعدنا ومـــن يأتون بعدنا على مواصلة تجديد الفقه وإثراء أحكامه حتى تستغنى بها شعوبنا عن "التسول" على موائد "الأجانب" أو نستوردها مما وضعه غيرنا.

منهج البحث

*****

〈عوده〉 ٣٩ـ *سنتناول في هذا البحث القسم العام الجنائي في الشريعة ...*

والكـــلام على هذا القسم يقتضي الكلام عن موضوعين، أولهما الجريمة وثانيهما العقوبة، ومن ثم رأينا أن نخصص لكل منهما كتابا خاصا ...

ولمـــا كان الكلام على الجريمة يقتضي تناول الجريمة بصفة عامة، ثم تناول أركانها، فقد رأينا أن نجعل الكتاب الأول قسمين :

أولهما ... خاص بالجريمة بصفة عامة ...

والثاني ... خاص بأركانها ...

وكل "قسم" يشتمل على "أبواب" و"فصول" و"مباحث" بقدر مايقتضيه الحال ...

أمـــا الكـــلام على العقوبة فيشمل الكلام على ماهية العقوبة، والمبادئ التي يقوم عـــليها العقـــاب، وأقسام العقوبات وأنواعها، وتعدد العقوبات، وتنفيذها والعود، وسقوط العقوبات ...

وسنخصص لكل حالة من هذه الحالات بابا خاصا ...

❁ 39 – أهمية الدور الرائد للشهيد فى استنباط مبادئ القسم العام :

بعـــد عرض المبادئ العليا والنظريات العامة فى الشريعة التى عَدّها فقيهنا مرجعا لجميع أحكام الفقه فى فروعه المختلفة بما فيها التشريع الجنائى، أضاف لذلك مبادرة أخـــرى ســـوف نستعرضـــها لأنها تُعَدّ فاتحة للاجتهاد العصرى فى تقنينات الشريعة الإســـلامية فى المواد الجنائية وهى تجميع الأحكام المتناثرة فى كتب التراث، والتى هى نظير لما يسمى فى القوانين العصرية بالقسم العام فى قانون العقوبات.

وميـــزة الفقـــه الإســـلامى أنه لا يرى أن قواعد "القسم العام" تغنى عن المبادئ الأساســـية والنظريات العامة التى استعرضها "الشهيد عوده" فيما سبق، وقدمها لنا عـــلى أنها فى نظره هى القسم الأعم والأعلى الذى يهيمن على غيره من الأحكام فى جميع فروع الشريعة ولكنه لا يغنى عنها.

لقد عدّدْنا ماقام به من جهد فى عرض تلك المبادئ العليا والنظريات العامة وكان نموذجـــا للاجتهاد العصرى فى الفقه. والآن، يجب أن نعُدّ ماقام به فى عرض مايسميه القســـم العـــام فى قانون العقوبات نموذجا ثانيا لما يدخل ضمن التجديد العصرى فى الفقه الجنائى الإسلامى .

وبذلـــك يكـــون أولَ مـــن تصدى ليسد الفجوة،التى يشعر بها البعض ويحسون بوجودهـــا فى كتب الفقه بسبب عدم تخصيص أبواب مستقلة لما نسميه الآن القسم العام فى القانون الجنائى الذى يتضمن المبادئ العامة المشتركة بالنسبة لجميع الجرائم، وهذا فضل يجب أن نسجله له .

لم يكن يكفى فى نظره استحضار المبادئ العليا فى الشريعة ونظرياتها الأساسية التى أشار لها من قبل. بل إنه بذل مجهودا كبيرا لعرض قواعد القسم العام التى نحتاج إليها فى الأبحاث والدراسات والتقنينات الجنائية الشرعية العصرية، وهذا مجال واسع يقع عبء مواصلته على فقهاء العصر الحاضر والأجيال التالية، وكان هو رائدا فى السعى لســـد هـــذا الفراغ. وإذا كان هو قد أخذ المبادرة الأولى بجمع الأحكام العامة التى استنبطها من كتب الفقه لمقارنتها بالقوانين الوضعية الحالية، فإن ماقام به لابد أن يفتح الباب لكى يواصل آخرون السير فى هذا الطريق ونحن منهم .

۞ دراسته للقسم العام فتحت أمامه أبواب التنظير :

قـــد بدأ القسم العام بدراسة الجريمة[1] (تعريفها / تقسيماتها / أركانها) وبرر ذلك بأنه "مجاراة للتطور الحديث فى التأليف الذى يقضى بأن نبحث الأركان العامة لجميع الجـــرائم فى القســـم الجـــنائى العام وأن نترك العناصر" الخاصة بكل جريمة "للقســم الخاص".

يـــلى ذلك الكتاب الثانى فى دراسة العقوبات "وماهيتها" (أقسامها .. تعددها .. تنفيذها ... سقوطها).

أمـــا الـــبحث الخاص بالمجرم أو المسئولية الجنائية فقد أدخله ضمن دراسة الركن "الأدبى" أو المعنوى فى الجريمة " فى الكتاب الأول " الباب الثالث منه[2] .

* * *

وقبل أن نتابع حاشيتنا على هذه الأبواب ـــ نرى من الضرورى أن نلخص عددا مـــن النقاط التى تعرضنا لها فى حواشى هذا الفصل التمهيدى،وأولها ماندعو إليه من الاهـــتمام بالخصـــائص الجوهرية لفقهنا وشريعتنا ـــ حتى لاتتحول بفعل التقنين إلى "قوانـــين وضعية" تعبر عن إرادة الدولة أو المسيطرين عليها، وكذلك مايترتب على ذلك – فى نظرنا – من وجوب أن يكون التقنين عملا فقهيّا يقوم به أهل الاجتهاد – لا مـــن يمثـــلون إحدى سلطات الدولة التى يسمونها اليوم "سلطة التشريع". يضاف لذلك ضرورة مراعاة الارتباط والتوازن بين قيام الفقه بمهمته فى التقنين والتوسع فى عملية التنظير – وكذلك بعض الموضوعات المتفرعة عن ذلك والتى نرى أنها تستحق عناية خاصة وحوارا علميا فى المستقبل .

---

(1) البند 39 وما بعده حتى بند 83 .

(2) كنا نفضل أن يجعله كتابا مستقلا عن كتاب "الجريمة" وكتاب "العقوبة"؛ لأنه موضوع مهم بدليل أنه يضم (163 بندا) ابتداء من 273 – إلى – 436، فى حين أن الكتاب الثانى (الخاص بالعقوبة) يضم مائة بند فقط (437 – 537) .

بحث إضافى
للدكتور توفيق الشاوى

❁ لانوافق على تجاهل خصائص شريعتنا وفقهنا بحجة التقريب بينها وبين القوانين الوضعية:

هـــناك مـــا يستحق منا بحثا مفصلا بشأن وجهة نظرنا فى أهمية الخصائص المميزة لشريعتنا والناتجة عن طبيعتها الدينية .

إن الفقيـــه الشـــهيد "عبد القادر عوده" وكذلك المعلق الشيعى "السيد إسماعيل الصدر"، كما سيتبين ذلك فيما بعد، ومن ساروا على نهجهما كانوا يمثلون جيلا من المتخصصـــين فى القـــانون والفقه المقارن. وكان لهم هدف مشترك وهو التقريب بين الفقه الإسلامى وأحكام القوانين الوضعية .

ونحـــن نعتقد أن هذا الهدف كان مفيدا فى عصرهم، عندما كان هذا الجيل يسعى لإقـــناع الجماهير والمسئولين فى الدول الإسلامية بأن الالتزام بالفقه وتطبيقه لايعنى الاستغناء عن "القوانين الوضعية" السائدة والمطبقة فعلا فى كثير من بلادنا، ولايوجب استبعادها وإنما يكفى تعديلها لكى تتوافق مع الأحكام الشرعية .

لكـــننى شخصيا أرى أننا تجاوزنا هذه المرحلة، لأن الصحوة الإسلامية قد أقنعت كثيرين بأن الالتزام بالطابع الدينى لشريعتنا أصبح ضروريّا للمساهمة فى تقدم الفكر القانونى العالمى وإثرائه، لأنه أصبح قاصرا عن تزويد المجتمعات الإنسانية بما تحتاج إليه لإصـــلاح نظمها، وأن الإنسانية فى حاجة شديدة إلى كثير من مبادئ فقهنا وشريعتنا لكـــى تواجـــه بهـــا مشكلات الحاضر والمستقبل التى لم تعد القوانين الوضعية كافية ولاقادرة على تزويد الإنسانية بما يلزم لمواجهتها. ونعتقد أن لدينا من أصول شريعتنا ومبادئها (التى تميزها عن تيار النظم القانونية الوضعية) مايجب علينا أن نقدمه للفكر العالمى لسد نواحى النقص فى القوانين المعاصرة .

لذا فإننا نعارض الآراء التى تستند إلى بعض أقوال فقيهنا لتسويغ مايؤدى إلى إزالة الفوارق الجوهرية بين التقنينات التى تضم أحكام شريعتنا وفقهنا ونصوص "القوانين الوضـــعية" المعاصرة، ونخشى أن تؤدى إلى تجاهل الخصائص المميزة لفقهنا وشريعتنا بحجة إدماجها فى التشريعات الوضعية التى تصدرها الدولة .

۞ شريعتنا تقرر أحكاما تكليفية تحرِّم بعض الأفعال دون أن تنص على عقوبة جنائية:

1 – فى حاشيتنا على البند (16) قلنا: إنه لايجوز وصف الشريعة بأنها قانون، لأنها أوسع نطاقا من أى قانون، والجزء الأهم فيها هو المبادئ العامة الأخلاقية التى يسموها الأحكام التكليفية ولا مكان لها فى"القوانين الوضعية".وقد يخشى البعض أن يكون فى ذلك انتقاص من قدر "القوانين الجنائية الوضعية".

والحقيقة أننى فعلا قصدت الانتقاص من القوانين الوضعية ونقد ما يسير عليه بعض أساتذتها وشراحها من الفصل بينها وبين المبادئ الدينية والأخلاقية، حتى أصبح بعضهم يدَّعى أن هذا الفصل بين الدين والقانون أصبح ضروريا للتقدم، فى حين أنه فى نظرى هو التخلف الذى يجب علاجه وتصحيحه .

لقد قلنا إن الشريعة تمتاز بوجود أحكام تكليفية لا وجود لها فى القوانين الوضعية، وقد ظن البعض أن مجرد العقاب على فعل معين يتضمن أمرا بتحريمه، وهذا حكم تكليفى ضمنى، لكن الحكم التكليفى الشرعى الذى نقصده هو الذى يحرِّم فعلا دون أن يفرض عليه عقوبة، فهو تحريم دينى وأخلاقى محض؛ لكن يجب على الفقه أن يتخذه أساسا لتحديد المعاصى التى تستوجب التعزير بدلا من التحريم المستفاد ضمنيا من نصوص قانون العقوبات الوضعى .

2 – فى حاشيتنا على البند (18) قلنا إننا نرى أن تقنين الفقه الإسلامى هو جزء من الشريعة، ولا يصح وصفه بأنه "قانون وضعى" .

* * *

إننا قصدنا فعلا اتهام القوانين الجنائية الوضعية الحالية بالنقص والقصور طالما أنها تتجه إلى فصل نصوصها عن منابع فقهنا ومصادر شريعتنا ومبادئها العقيدية والدينية والأخلاقية ولا صلاح لها فى نظرنا إلا إذا تخلت تماما عن هذا الفصل، واعترف فلاسفتها وشراحها بأن الإنسانية إذا كانت تحتاج إلى نصوص قانونية فإنها تحتاج قبل ذلك إلى عقيدة دينية ومبادئ أخلاقية، وأنه لا صلاح لمجتمعاتنا إلا إذا أدانت هذا الاتجاه اللادينى الذى يتنكر لشريعتنا وفقهنا بحجة أنهما يربطان القانون بالدين والأخلاق.

نحن نوافق على أن النص الجنائى الوضعى عندما يقرر عقوبة جنائية على السرقة أو الضرب أو ما إلى ذلك يتضمن حكما تكليفيا (ضمنيا) بتحريم هذا الفعل المعاقب عليه، لكن الكتاب والسنة لا يقفان عند ذلك بل تشتمل نصوصهما على أوامر دينية وأخلاقية عامة.مثل قوله ﷻ : ﴿ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيلا...﴾[الإسراء: 32]. وقوله ﷻ : ﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل...﴾[البقرة : 188].

❁ لا نوافق علي القول بأن القوانين الوضعية الجنائية تشتمل علي أحكام تكليفية :

إننــا نرى أن هذه الأوامر "الدينية" هو مبادئ أخلاقية تكون أساسا للتعزير على كل فعل غير الزنا الذى يعاقب عليه بالحد، طالما أنها تمس العرض أو تهدد الانضباط فى العلاقــات الجنســية التى تحصرها شريعتنا فى نطاق الزواج الشرعى، مثل الفعل الفاضــح أو ممارسة العلاقات الجنسية بدون زواج إلخ ... وكذلك التعزير على كل اعــتداء على مال الغير بغير السرقة (المعاقب عليها حدا) مثل النصب وخيانة الأمانة والحريق والإتلاف وتسميم المواشى ... وما إلى ذلك .

لذلك فإن التقنين الشرعى الذى يفرض جزاء تعزيريا على كل الاعتداءات على الأمــوال أو الأعــراض، لا يجــوز عَدُّه قانونا وضعيا، بل هو حكم شرعى أساسه ومصدره النصوص التكليفية فى الكتاب والسنة وليس إرادة الدولة أو الحكام .

إن الــنص الوضعى الذى يعاقب على الزنا بحسبانه مجرد خيانة زوجية لا عقاب عــليه طالما أن الفعل قد وقع فى غير منزل الزوجية، الذى نقلته قوانيننا الوضعية عن أوربــا، هو مخالف لمبادئ شريعتنا لأنه يتضمن إباحة التسيب الجنسى ويجيز للزوجين ممارســة العلاقات الجنسية خارج الزواج طالما أنها تقع خارج نطاق منزل الزوجية، وبذلك أصبحت المخادنة والفسق مباحين بل يعُدُّونهما "حرية ديمقراطية" .

* * *

لقد لاحظ البعض أننا توسعنا فى كلامنا عن الأسرة والزواج وما يتعلق بهما، وجارينا فقيهــنا الشهيد فى ذلك. ونحن قصدنا ذلك فعلا بسبب ما تفرضه شريعتنا من حماية نظام الأســرة ووحدتهــا وتضامنها وتشريع الزواج لضبط العلاقات الجنسية ومنع الانحلال الخــلقى والتسيب فى العلاقات الجنسية الذى يتخذه البعض هدفا "ديمقراطيا" أو ليبراليا ويــتخذونه مسوغا للتهجم على مبادئ فقهنا وشريعتنا التى تَعُدّ كل علاقة جنسية خارج الزواج زنا محرما لكى تحمى الأسرة والزواج ... وتحرِّم العلاقات الجنسية "المتحررة" من الزواج والأسرة. والتى تدخل فى نطاق التسيب، والتحرر الجنسى الذى له الآن فلاسفة فى بــلاد كــثيرة يشجعون بعض كتابنا على نقد أحكام شريعتنا والهجوم على مجتمعاتنا بقصد إفسادها والقضاء على الأسرة من أجل منع الإنجاب ووقف النمو السكانى فى أمتنا لأهــداف سياســية، مــثل إخلاء بعض بلادنا من شعوبها حتى يحتلها دعاة الاستيطان الصهيونى بحجة أنها أرض بلا شعب .

❁ الأحكام الوضعية فى نظر فقهنا هي أحكام شرعية فى مصدرها وأصولها وليست وضعية بالمعنى المعروف حاليا وهو أن مصدرها سلطة الدولة :

إنــنا لا نوافق على القول بأن التقنين يصدر عن صاحب السلطة فى الدولة دون حاجة لاتصالها بالمقاصد السامية والأحكام التكليفية والنظريات العامة لشريعتنا، التى تجعلها فروعا من المبادئ الكلية المستمدة من الكتاب والسنة. ولا يجوز تسويغ ذلك الاتجاه بالاستناد إلى أقوال الشهيد "عوده" والسيد "الصدر" التى سوف ننتقدها فيما بعد عند كلامهما عن وجود تعازير لما يسميانه : مخالفات لأوامر السلطة القائمة ولو كانت خارج المعاصى الشرعية. وبنى البعض على ذلك أن نصوص القانون الوضعى الصادرة عن الدولة يمكن عَدُّها تعازير .

* * *

إذا كان بعض أقوال السلف يُفهم منها أن ولى الأمر تجب طاعة أوامره، وله الحق فى توقيـــع عقوبة على من يخالف أوامره، فإن العقاب فى نظرنا يشترط فيه أن يكون الفعـــل معصـــية شرعية، وأن ولى الأمر الذى له هذا الحق فى ذلك هو المجتهد الذى يـــتولى استنباط الحكم من المصادر الإلهية. ولا يشمل ذلك أوامر وتشريعات وضعية لا صلة لها بهذه المصادر ومقاصدها ونظرياتها ولا ترتبط بالمعاصى الشرعية.

إنــنا نصـــر على عدم وصف التقنينات الشرعية بأنها قوانين وضعية عن طريق قيام الدولة بإصدارها؛ لأن ذلك يحرمنا من الطابع الدينى لشريعتنا، ويقصد البعض به فصل التقنين الشرعى عن مصادره السماوية لكى يصبح مصدره سلطة الدولة وحكامها .

* * *

لقد كان كتاب التشريع الجنائي مقارنا بالقانون الوضعي خطوة جبارة على طريق التجديد في فقهنا الجنائي العصري. وقد رأينا فيما سبق أنه بذل جهدا كبيرا في بيان خصائص الشريعة التي تميزها عن "القوانين الوضعية الجنائية" وتوجب عدم الخلط بين هذين النظامين التشريعيين .

لكـــنه عند دراسته لأحكام الجريمة والعقاب في القسم العام، نلاحظ أنه كان له هـــدف واضـــح هـــو بيان أن جميع المبادئ والأحكام العصرية في القوانين الجنائية الوضعية، موجودة في الشريعة الإسلامية، وتمتاز الشريعة بأنها سبقت القوانين العصرية إلى تقريـــر المـــبادئ الـــتى يظن كثيرون أو يدَّعون أن التشريعات العصرية هي التي استحدثتها متجاهلين سبق الشريعة إليها.

– يشترط للتكامل بين الفقه والقوانين الوضعية عدم وجود تعارض :

بـــل إنه حاول إقناع القضاة ورجال القانون العصري بأهم يستطيعون أن يجمعوا بـــين تطبيق عقوبات الحدود مع تطبيق الأحكام الجنائية الوضعية الحالية بوصفها بأنها تدخـــل ضـــمن الـــتعازير، ووصل بذلك للدعوة إلى التكامل بين هذين النوعين من الأحكـــام الفـــرعية. لكن لا يجوز أن ننسى أنه كان حريصا على تأكيد أنه إذا كان هـــناك تعـــارض يمنع هذا التكامل فإن واجب القاضي هو الالتزام بالحكم الشرعي، وعليه تعطيل الحكم الوضعي الذي يتعارض معه لأنه باطل بطلانا مطلقا.

* * *

هـــذه الملاحظة الأخيرة تدل على أن ما قاله عن الاختلاف الجوهري بين الشريعة والقوانـــين الوضعية هو الأصل، وأن التكامل محدود في نطاق الأحكام الفرعية كلما كان ممكنا، لأن الفروق الجوهرية ترجع إلى الصفة الدينية لمصادر التشريع الإسلامي وأصوله وقواعده العامة التي تختص بها شريعتنا وتوجب علينا إقامة نظامنا الجنائي على أســس وأصـــول شرعية مختلفة عن النظم الوضعية في كثير من النواحي. ولا يمكن تجاهل هذا الاختلاف، لأن شريعتنا لها طابعها العقدي والديني المستمد من مصادرها الإلهية المتصلة بالوحي الإلهي الصريح في الكتاب الكريم، والضمني في السنة المطهرة.

* * *

إن الطابع الديني لشريعتنا له آثار جوهرية لا يجوز إهمالها في الدراسة المقارنة بينها وبـــين "القوانـــين الوضعية"، وسنرى فيما كتبه فقيهنا في البند رقم (85) عرضا لما قـــرره فقهاؤنا عن التمييز بين ما يسمونه هم الأحكام الوضعية والأحكام التكليفية (وهـــي في نظـــرنا مـــبادئ الأخلاق والقيم الاجتماعية) وليس لها نظير في القوانين الوضعية بينما لها أهمية كبرى في تحديد المعاصي التي تستحق التعزير في شريعتنا.

* * *

إن لهـــذه الطـــبيعة الدينية المميزة للشريعة أثرا كبيرا في كثير من أحكام الفقه الجنائي الإسلامي بصفة خاصة، لابد أن نشير إليها هنا، لكي يكون القارئ أو الدارس على بينة من أن هذا الفقه وإن كان محدود النطاق بالنسبة للشريعة، إلا أنه مرتبط بالعقيدة والقيم الدينية والأخلاقية التي تستوجب أن يكون له ذاتية خاصة، تميزه عن القوانين الوضعية .

❁ الشريعة ليست مجرد قانون :

أولى خصـــائص شريعتنا أنها ليست مجموعة قانونية صادرة عن سلطة بشرية كما هو الحال فى القانون الوضعى الذى تصدره الدول. وإنما تشتمل على عنصرين :

عنصـــر ثـــابت خالد هو نصوص الكتاب والسنة. وهى الشريعة بالمعنى الضيق التى اكتمـــلت فى حياة الرسول وفرضتها عقيدتنا كأساس لمبادئ الإسلام وقيم المجتمع الصالح التى يستمد منها العنصر الثانى، وهو الفقه المتجدد المتطور المتنامى إلى يوم الدين .

والفقه هو مرآة الشريعة ووعاء جميع أحكامها - ويُعَدّ جزءا من الشريعة بالمعنى الواسع - لأنه يستمد شرعيته وقوته الإلزامية من انتسابه لها والتزامه بمبادئها وأصولها.

وإذا تصورنا الشريعة بستانا زاخرا بالأشجار المتنوعة المثمرة، فإن نصوص الكتاب والســـنة هـــى جـــذور تلك الأشجار ومبادئها ونظرياتها هى جذوعها وسيقانها. أما فـــروعها وأغصـــانها وأزهارهـــا وثمارها فهى الأحكام التى يستنبطها الفقه من هذه المصادر الإلهية .

* * *

وقـــد أفاض فقيهنا فى صفات الثبات والخلود والسمو التى تميز الكتاب والسنة، ونحن قد أضفنا لذلك الخصائص التى تميز الفقه المكمل لهما، وأولها :-

1 - أن الفقه هو علم وفكر يتسع لتعدد المذاهب واختلاف الآراء.

2 - أن فقهنا مقيد بأصول الفقه التى تجعله تابعا للمنابع والمصادر السماوية (الكتاب والســـنة) ومرتـــبطا بها، ومكملا لها ومتمما لأحكامها ولا يستمد من فلسفات بشرية .

3 - أن الفقـــه كعـــلم وفكر مهمته تجديد المجتمع وإصلاحه كلما أصيب بالتخلف والتجديد مستندا فى ذلك إلى أصول شريعتنا .

4 - الأمة وكل سلطة فى المجتمع تلتزم بالفقه كما تلتزم بالشريعة مثل الفرد تماما لأن الشـــريعة هى صاحبة السيادة فى المجتمع والفقه جزء منها، وكل ما للأمة والفرد هو الحق فى الاختيار بين المذاهب والآراء المتعددة والمختلفة فى فقهنا .

5 - أن الشريعة تشمل العقيدة والمبادئ "التكليفية" والقيم الأخلاقية التى تُعَدّ جزءا منها، ويعتمد عليها الفقه فى استنباط النظريات العامة والأحكام الفرعية وخاصة فى التعازير.

❁ شريعتنا تضع العلم والفكر فوق الدولة والسلطة :

وسنعرض كلاً من هذه الخصائص تفصيلا :

1 - إن كـــون فقهـــنا الإسلامى علما وفكرا هى ميزة لا مثيل لها فى جميع القوانين الوضـــعية الأخرى التى هى عبارة عن أوامر ونصوص تصدرها الدولة،وهى التى تعطيها قوة الإلزام حتى إنهم يعرِّفون القانون بأنه تعبير عن إرادة الدولة .

الدولـــة تضع القانون وتصدره وتنفذه وتَعُدّه ملكا لها تغيره متى شاءت،وتفسره كمـــا تشـــاء وتلغيه أو تعدله، فضلا عن أن الدولة ذاتها تتغير وتتبدل أحوالها نتيجة الانقلابات والحروب والتغيرات السياسية،وهذا كله له أثره على القوانين الوضعية، وبعـــد ذلـــك يأتى العلماء ليشرحوا هذه النصوص ويفسروها. ولذلك فإن الشهيد "عـــبد القـــادر عوده" فى كتابه يشير إلى التفرقة بين الفقهاء فى الإسلام وبين علماء القوانين الوضعية الذين قال عنهم إنهم "شراح" لهذه القوانين التى تضعها الدولة، أما فقهاء الشريعة أو علماء الفقه الإسلامى فإنهم ليسوا مجرد شراح للنصوص، بل إنهم يسهمون فى استنباط الأحكام الفرعية من مصادر شريعتنا السماوية ومبادئها العامة، ولذلك يوصف فقهنا بأنه علم "الفروع"، أما منابعه وأصوله ومقاصده ومبادئه العليا ونظرياته العامة فهى تستمد من المصادر السماوية العليا، وهى الكتاب والسنة .

فى شـــريعتنا يبدأ الفقه والعلم باستنباط الأحكام الفرعية من النصوص والمبادئ والـــنظريات المقررة (فى الكتاب والسنة) وبعد ذلك فإن الأفراد والدول عليهم أن يأخذوا الأحكام مما قرره العلماء. فعمل العلماء وعلمهم واجتهادهم يكون المذاهب الفقهيـــة التى تلتزم بها الدولة كما يلتزم الأفراد. وتستمد منها التقنينات الفقهية التى تنفذها الدول، ومصدرها المباشر هو الفقه لا إرادة الدولة .

تمـــتاز الشـــريعة الإســـلامية بأنها تضع العلم والفكر فوق كل سلطة إنسانية، أى فوق الدولة وسلطاتها جميعا لأن العلم هو الميزة الأولى التى ميز الله بها آدم وذريته عن الملائكة[1].

إن مكانة العلم والفكر فى فقهنا تؤدى إلى تميز الفقه الإسلامى بأنه يقوم على مبدإ التعدد والاختلاف. الاختلاف مبدأ مقدس من مبادئ الشريعة الإسلامية، ولذلك يوجد فى شريعتنا مذاهب متعددة بل ومختلفة أيضا ، فى حين أنه فى القوانين الأخرى قانون واحد

---

[1] بقوله تعالى: ﴿وعلّم آدم الأسماء كلها ثم عرضهم على الملائكة فقال أنبئونى بأسماء هؤلاء إن كنتم صادقين * قالوا سبحانك لاعلم لنا إلا ماعلمتنا إنك أنت العليم الحكيم﴾ [البقرة:31،32 وما بعدهما].

يكتب ويوقع عليه ويلتزم به الجميع. ولا نجد لا فى فرنسا ولا أمريكا ولا فى أى بلد آخــر، ولا فى القوانـــين الحديثة ولا فى القوانين القديمة قانونا يقول للفرد والجماعة عندكم مذاهب متعددة ومختلفة تختارون منها. ولا يكتفى فقهنا بتعدد المذاهب بل فى داخـــل كـــل مذهب آراء متعددة ومفتوح فيها باب الاجتهاد إلى يوم الدين،وللأمة والفرد أن يختارا من هذه الآراء ما يواجهان به مقتضيات ظروف الزمان والمكان .

إن مـــبدأ التعدد فى المذاهب والتعدد فى الآراء والاختلاف بين العلماء مستقر فى فقهنا، حتى قال البعض إن اختلاف المذاهب والآراء رحمة لأنه يمكن الأمة من مواجهة التطورات المختلفة .

2 – المنابع والمصادر السماوية الثابتة :

إلى جانب مبدإ التعدد والاختلاف الذى هو من خصائص الفقه الإسلامى، هناك صـــفة أخـــرى أهـــم وأبعد أثرا، ذلك أنه قبل العلم توجد المصادر السماوية الثابتة الخـــالدة. فهناك تسلسل المصادر الشرعية، أعلاها هو المصادر المقدسة وهى الكتاب والســـنة فهى فى القمة، ويأتى بعدها العلم والفكر وتعدد المذاهب والآراء، ثم يأتى دور القـــانون أو التقـــنين إن وجد ومهمته أن يلزم الجميع فى بلد معين وزمن معين بمذهـــب معـــين أو بحكـــم موحد من بين المذاهب والآراء المتعددة ــ لكى يلتزم به القضاة ويلزمون الناس جميعا به فى بلد معين وزمن معين .

3 – شريعتنا تفرض التجديد ليصلح المجتمع عيوبه ويحقق مقاصدها السامية :

لقد قال فقيهنا إن الشعب أو الجماعة تصنع القانون الوضعى هى أو من يمثلونها أو يفرضـــون أنفسهم عليها، أى أن الجماعة توجد أولا وبعد ذلك يأتى القانون الذى تصـــنعه على صورتها أو هواها، فإذا كانت جماعة صالحة يكون القانون صالحا، وإذا كـــانت جماعـــة فاسدة أو باغية سيكون قانونها باغيا وفاسدا وتستمده من فلسفات بشرية وضعية .

أما الشريعة فى الإسلام فهى التى صنعت المجتمع وتهيمن عليه مصادرها السماوية إلى يوم الدين وتفرض علينا الأسس الثابتة التى يقوم عليها المجتمع الصالح لكى يحقق مقاصدها السامية .

الشريعة أنشأت المجتمع الإسلامى على أساس الإيمان بالله واليوم الآخر، ووضعت لـــنا الأصول والقواعد التى يلتزم بها الفرد والجماعات ليصلوا إلى أعلى المستويات، ولذلـــك فالشريعة بمصدرها الإلهى والعلمى والفقهى هى التى تسيِّر المجتمع الإسلامى وتوجهـــه نحو الكمال الذى تريده هى بدلا من القوانين الوضعية التى هى ثمرة الواقع الذى وصل إليه الناس فى زمان معين أو فى مكان معين .

صحيح أن المجتمعات الإسلامية بعد أن أوجدها الإسلام هى ككل البشر معرضة للنقص أو الانحراف، فبعضها بلا شك معرضة إلى أن تتخلف أو تعجز عن الوصول لـــلكمال الذى رسمته الشريعة، ولذلك فرض عليها الإسلام من حين لآخر أن تجدد نفســـها وتصحح من حالها لتنهض بعد سقوطها وتعود إلى الصعود فى طريق الكمال الـــذى يريده لها الإسلام وشريعته. فلذلك كان التجديد من أصول فقهنا إلى جانب الـــتعدد والاختلاف، بل إن التعدد هو من وسائل تسهيل عملية التجديد لأن الرأى الذى لا يصلح لزمان معين ولا لمجتمع معين قد يصلح و يُعَدّ ضروريا فى زمان آخر أو ظروف أخرى .

وكثيرا ما يعبر فقهاؤنا عن ذلك بتجديد الفقه، لكن المقصود هو استنباط الأحكام الفقهية التى تمكن المجتمع من تصحيح أوضاعه وتجديدها .

4 – الشريعة لها السيادة على الدولة والأمة :

إن الشـــريعة تمـــتاز بأنها فوق الدولة كما هى فوق الفرد والجماعة لأن الشريعة مصـــدرها القـــرآن والسنة، ويكملها الفقهاء والأئمة العلماء. هذه الشريعة بمعناها الواســـع يلتزم بها الفرد وتلتزم بها الجماعة والدولة التى تمثل الجماعة أو تدعى تمثيلها لأن شريعتنا تخاطب الفرد وتخاطب الجماعة .

إن الفـــرد لـــه فى شـــريعتنا حقوق لا تملكها بعض الدول الآن. فالفرد كالمجتمع والدولة، له حق اختيار المذهب، وهذا الاختيار الذى نسميه "التقليد" هو ليس تقليدا أعمى كما يتصور البعض، إنما هو اختيار المذهب والرأى الذى يقتنع به حيث إن كل مذهـــب فيه آراء عديدة. توجد عندنا مذاهب متعددة وسوف تزداد عددا إلى يوم الديـــن، وفقهـــنا فيـــه آراء متعددة فى كثير من الموضوعات استنبطناها من الكتاب والســـنة ومـــن أقـــوال الفقهاء والعلماء المتعددة والمختلفة، وكل الأئمة أعلنوا أن فتاويهم مجرد آراء لا تلزم إلا من يقتنع بها وبأدلتها وحجتها .

❁ تنوع المذاهب وتعدد الآراء لا يمس المبادئ الأساسية الملزمة للجميع :

من الذى يختار الحكم الذى يلتزم به الفرد أو الجماعة ؟

أولا الفرد يختار لنفسه، وثانيا الجماعة تختار بالشورى .

هنا يجب أن نوزع الاختصاص بين الفرد والمجتمع. فالفرد يملك الاختيار فى شئونه الشخصية، كالصلاة والعبادات وعلاقاته مع الله سبحانه وتعالى .

أما أحكام المعاملات مع المجتمع وأفراد المجتمع فهذا يخضع للرأى والمذهب الذى تختاره الجماعة بالشورى ليكون حكما موحدا يلتزم به أفرادها. ومن حق الجماعة فيما يتعلق بالمسائل الجنائية والمدنية وما إليها أن تختار المذهب الذى يلتزم به القضاء والرأى الذى يحكم به القضاة فى حالة تعدد الآراء فى المذهب. لا توجد فى العالم حرية وتنوع فى التشريع أكثر من هذا، لأن كل جماعة وكل بلد تختار المذهب الذى تريده حرة طائعة،كل ما هنالك أنها تلزم القضاة وتلزم أفرادها بأن يسيروا على هذا المذهب الذى تختاره فيما يتعلق بالمنازعات وفى العلاقات فيما بينهم .

فيما عدا هذا، فالفرد هو الذى يصلي ويعبد ربه كما يعتقد وعليه أن يختار هو المذهب الذى يلتزم به، ويلزم لذلك أن يكون لديه قدر من العلم يمكنه من الاختيار؛ والعلم واجب على جميع أفراد المجتمع نساء ورجالا .

أحيانا يتصور كثيرون أن العلماء هم "طائفة" فى المجتمع، فى حين أن العلماء ليسوا فى الإسلام طائفة لأن العلم فريضة على كل مسلم ومسلمة. فالمفروض أن جميع الأفراد عندنا لديهم نصيب من العلم يكفيهم لكى يرجحوا بين الآراء ويختاروا بين المذاهب فى نطاق أحكام الفقه دون تجاوزها، وكل ماهنالك أنهم متفاوتون فيما لديهم من العلم .

ولكن هناك مبادئ عامة تتفق فيها جميع المذاهب والآراء، مثل مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، الذى يعبر عنه الآن بأنه "لاجريمة ولاعقوبة إلا بنص"، والمقصود هو النص السابق على الفعل لأن القرآن الكريم يتضمن قوله تعالى : ﴿وماكنا معذبين حتى نبعث رسولا﴾ [الإسراء : 15]. فالله سبحانه وتعالى لايعاقب إلا بعد الإنذار، وهذا هو المبدأ الأساسى فى التشريع الجنائى .

المفروض أن المجتمع لا يمكن أن يعاقب شخصا على فعل إلا إذا أعلمناه أولا بتحريمه، ولذلك فالتعليم والإعلام فريضة فى الإسلام على المجتمع وعلى الفرد ذاته. إن العلم والتعليم من أولى فرائض الإسلام، وشريعتنا تعلم الفرد ما المعاصى التى سيعاقب عليها إذا ارتكبها، ونحن قد بينا فى حاشيتنا أن ذلك يجعل تقنين التعازير واجبا

عـــلى الجماعـــة ومن يمثلوها – لتسهيل أسباب العلم – وإن كان الفقه قد سار فى الماضى على أنه يكفى وجود النصوص "التكليفية" التى تحرم المعاصى .

* * *

إن التسلســـل فى المصادر من حقائق الإسلام بخلاف القوانين الوضعية حيث إن الدولـــة (حتى ولو كانت سلطتها مفروضة بالسيف والقهر والعصبية) هى التى تضع القانون موحدا وأنت تلتزم بالقانون الذى وضعته لاخيار لك فيه إلا بأمر الدولة .

الإسلام يلزمك بالتعلم والعلم، وبعد العلم الاختيار الحر أى الالتزام الطوعى بهذا الســـلوك القـــويم سواء كنت فردا أو جماعة، فإذا انحرفت بعد ذلك كله فأنت شاذ تحتاج إلى ردع وزجر بالعقوبة أو الجزاء الشرعى .

5 – أحكام الفقه والشريعة تتجاوز نطاق القوانين "الوضعية" :

عندما ندرس خصائص فقهنا لايجوز أن نقف داخل النطاق الذى تشمله "القوانين الوضـــعية"، بل إن أهم خصائص فقهنا أن يتجاوز هذا النطاق لأنه أعم وأكمل، إنه يـــنظم جميـــع نواحى حياة الفرد والجماعة ابتداء من العقيدة والعبادات والأخلاق والسلوك، وتأتى القوانين فى النهاية .

بل إنه فى نطاق القانون لايفرق بين القانون الداخلى والدولى .

إن فقهنا يستنبط القواعد التى تحكم نشاط الأمة الإسلامية ودولها وأفرادها حتى فى حالـــة وجودهـــم خارج نطاق المجتمع الذى تسوده الشريعة الإسلامية إذ ينظم علاقاتـــنا بتـــلك المجتمعات الأجنبية، وهذا مايسمى فى القوانين الوضعية "بالقانون الدولى العام والخاص، وهذا النوع من القوانين الوضعية العصرية تختلف عن القانون الداخـــلى بـــأن أشخاصها هى الدول، لأن نظرية السيادة تجعل الدول فوق القانون الوضعى، بل هى صانعة له فى نظرهم .

أمـــا فقهنا فإن السيادة للتشريع الالهى، "والدول" تخضع للشريعة التى يخضع لها الأفراد، لذلك لايميز فقهنا بين القانون الداخلى ومايسمى فى العصر الحاضر بالقانون الدولى الذى ليس له قوة إلزامية فعلية بسبب ماتتمتع به الدول من سيادة[1] .

---

[1] مايسمى بالنظام العالمى يتجه الآن إلى منظمات عالمية تستطيع إلزام الدول بقراراتها... التى يفترض أنها تطبق "القانون الدولى"، وإن كان هذا الفرض غير صحيح حاليا لأن هذا النظام العالمى حاليا خاضع لأهواء بعض الدول الكبرى التى تفرض سيطرتها على "المنظمات الدولية" وتستطيع بواسطتها التحكم فى الدول الأخرى دون أن تلتزم هى بأحكام القوانين أو تصرفاتها أو سياستها.

۞ الجزاء الأخروى هو الأساس لارتباطه بالعقيدة :

شريعتنا تهتم أولا بالأمر والنهى والتحليل والتحريم، أى الحكم التكليفى المخاطب به المكلف دينيا وخلقيا، دون تحديد الجزاء القضائى، لأن الجزاء الأساسى العام لكل خروج عن أحكامها هو الجزاء الأخروى يوم الحساب ... وهذا هو معنى وصفنا الشريعة بأن لها طابعا دينيا .

والتكاليف التى يفرضها فقهنا وشريعتنا تتسع لكثير من نواحى الحياة الفردية والاجتماعية التى يخرج كثير منها عن نطاق التشريعات الوضعية "العصرية" .

أول هذه التكاليف هى العبادات، وكثير منها أعمال وتكاليف فردية، لكن أهمها هى التكاليف الجماعية، مثل الحج وصوم رمضان، بل والصلوات الجماعية والزكاة. والأصح أن جميع العبادات لها جانب فردى وجانب اجتماعى، وكلاهما لاتعتنى به القوانين الوضعية .

وقمة هذه التكاليف هى العقيدة الذى يقصد بها الإيمان بالله وبالحساب والجزاء فى اليوم الآخر وبرسالة الإسلام وشريعته .

وللعقيدة أهمية كبرى فى تشريعنا، لأنها هى التى تجعل المكلفين يطبقون أحكامها طوعيا خوفا من الحساب يوم القيامة دون حاجة للقضاء والجزاء الجنائى إلا فى حالات استثنائية.

والواقع أن الأحكام التكليفية هى قاعدة مهمة لاستنباط الأحكام "الوضعية" (بالمعنى الشرعى) وهى منبعها وأساسها. فقد بينا أنه فى نطاق التشريع الجنائى، فإن مبدأ التعزير يعطى للقضاء والفقه الحق فى فرض جزاء على المعاصى التى تشمل كل تقصير فى الالتزام بالأحكام التكليفية. بما فى ذلك أحكام العبادات ذاتها، وإن كان هذا الجزاء فى نظرنا يمكن عَدُّه تعزيرا وقائيا دون حاجة لوصفه بأنه عقوبة جنائية، كما سنوضحه تفصيلا فى حاشيتنا .

ويجب أن نشير هنا مقدما إلى أهم الموضوعات التي نرجو من كل باحث أن يعطيها اهتماما خاصا – لأنها فى رأينا من النظريات المميزة لشريعتنا التي تكلم عن بعضها فقيهنا في البنود الأولى من كتابه – ونكتفي منها بما يلي :-

– أول هذه الموضوعات : تميز شريعتنا بفرض عقوبات بدنية في جرائم معينة عندما تتوافر فيها ظروف تستوجب تشديد العقوبات إلى الحد الأقصى .

ابن تيمية يَعُدّ الحدود كفارات لها صفة تعبدية :

وسيرى القارئ أن هذه العقوبات القصوى – المقدرة شرعا – لا مثيل لها في القوانين الوضعية، مع أنها تحتل مكانا بارزا في فقهنا الجنائي، حتى أصبح كثيرون يعتقدون أنها هي أول ما يميز هذا الفقه. بل وصل البعض إلى الظن خطأ أنها هي وحدها المقصودة عند المطالبة بتطبيق الشريعة .

فى نظرنا أن الجزاءات البدنية المفروضة حدا أو قصاصا لايجوز عَدُّها مجرد عقوبات جنائية، بل هي أهم من ذلك لأن لها طابعا دينيا، لأنها كما قال"ابن تيميه" إنما هي كفارة قصد بها تطهير الجاني من المعصية لتفادى آثارها يوم الحساب في الحياة الآخرة ". وهذا التطهير يقع بصفة مؤكدة في حالة اعتراف الجاني تلقائيا بالذنب وإصراره على طلب توقيع "الحد" برغم أن هذا الاعتراف دليل على التوبة الصادقة التي تُسقط العقوبة الحدية في الدنيا .

وسنرى أن التوبة إنما هى صورة من صور العبادة، ودورها فى إسقاط العقوبات البدنية والجزاءات البدنية (حدّا أو قصاصا) يجعل هذه الجزاءات المقدرة ذات طابع دينى يوجب إلزام المسلمين بها وحدهم لأن الشارع الحكيم قصد بها إلزام الجانى بالتوبة النصوح لكى يتفادى هذه العقوبات البدنية، وسنرى فيما بعد أن "التوبة" لها فى التشريع الإسلامى دور يختلف تماما عن دورها فى القوانين الوضعية .

الموضوع الثاني : أن الجزاء الأصلي على الجرائم والمعاصي هو الجزاء الأخروي يوم البعث والنشور، وأن الجزاءات الجنائية الدنيوية مكملة له فقط، وأن ضرورات إصلاح الفرد وحماية المجتمع هي التي تبرر فرض هذه الجزاءات القضائية والدنيوية بصفة استثنائية. ولذلك يجب استبعادها كلما وجدت شبهة أو توبة وتوافرت شروطها الشرعية.

ولما كانت الضرورة تقدر بقدرها، فإنه كلما وجدت وسيلة أخرى للإصلاح ليس فيها معنى العقوبة، فإنها أولى من العقوبة الجنائية. وأول سبل الإصلاح التى تغنى عن العقوبات الجنائية هى مايسمى اليوم بتدابير الوقاية والاحتراز، وكذلك التوبة.

وينتج عن ذلك ما يلي :

1 – أن التوبة النصوح يجب أن تؤخذ بعين الاهتمام، ويترتب عليها إسقاط العقوبة البدنية الحدية والاكتفاء بالتعازير. بل فى نطاق التعزير يكتفى فى نظرنا بالتعزير الوقائى أو إجراءات التربية والتهذيب والإصلاح المحض مثل العبادات كالصدقة والصيام.. إلخ.

❁ الجزاءات الجنائية تبررها الضرورة فقط :

2– أن التعزير ليس عقوبة جنائية دائما كما يظن البعض، وإنما يتسع لتدابير دينية وعبادات تدخل في نطاق الوقاية والتهذيب مثل الوعظ والصيام وإطعام مساكين وما إلى ذلك من العبادات التي لا يصح في نظرنا وصفها بأنها عقوبة جنائية، وإنما قُصد بها تمكين المحكوم عليه من التوبة أو تشجيعه عليها(*) .

3 – أن هـــذه الجـــزاءات بجميع أنواعها لا تطبق إلا بعد محاكمة قضائية عادلة ونـــزيهة تلـــتزم بأحكـــام خاصة في وسائل الإثبات وإجراءات المحاكمة – والأدلة القانونيـــة في كـــثير من الأحوال، وفى حالة تخلف أحد الشروط يجب الالتزام بمبدإ الـــبراءة الأصلية ومبدإ درء الحدود بالشبهات ... إلخ، ولو أدى ذلك لإفلات بعض المجرمين من العقاب الدنيوى لأن الجزاء الأخروى هو الأصل .

* * *

الموضوع الثالث : استقلال الشريعة عن السلطة السياسية، لأن مهمة الدولة سواء كانت عادلة أو مستبدة، هي الالتزام بالشريعة والخضوع لها وتنفيذها، ومعنى ذلك أن كـــل مـــن يمـــثل الدولة وسلطاتها المختلفة ليس له أي دور في التشريع أو الفقه، لأن المشـــرع الحقيقي هو الله سبحانه وتعالى فى كتابه الكريم وسنة رسوله الأمين وأن مهمة استنباط الأحكام من مصادرها الشرعية هي لأهل الاجتهاد وأهل الذكر والعلم الذين يمثلون الأمة في هذا المجال مستقلين عمن يمارسون السلطة السياسية بالحق أو بالباطل .

وسيرى الباحث أننا حرصنا دائما على ما يلي :

1 – اســـتبعاد وصف أصحاب السلطة السياسية بأنهم "أولو الأمر" في التشريع، وقصرنا هذه التسمية على أهل الاجتهاد .

2 – رتبـــنا عـــلى ذلك أن تقنين الفقه هو من اختصاص أهل الاجتهاد، لا من اختصاص أصحاب السلطة السياسية في الدولة ولو سموها سلطة تشريعية.

(*) سوف نضيف إلى حاشيتنا على البند 253 ثم البند 530 بحثا بشأن التوبة كسبب من أسباب سقوط العقوبة، وهذا البحث القيم أعده زميلنا الأستاذ الدكتور شكرى الدقاق عن أثر التوبة على العقوبة فى شريعتنا وقد علقنا عليه.

۞ أحكام الشريعة تعلو على كل سلطة بشرية وتستقل عنها :

وبذلـــك يكون الفصل العضوي الكامل بين التشريع والتنفيذ هو من أهم مزايا وأصول نظامنا السياسي والجنائي .

3 – أن كـــل ما يتعلق باختصاص ولى الأمر في التشريع أو القضاء – مثل تحديد التعازير أو العفو عن العقوبة أو الجريمة – لا يصدر به قرار من رئيس الدولة إلا بناء على اقتراح أهل الاجتهاد لأنهم هم أولياء الأمر فى الفقه والتشريع .

وهـــذا الموضوع يدخل في نطاق "القوانين الأساسية" أو الدستورية المتعلقة بنظام الحكم والدولة والحكومة، لكن يجب مراعاته فيما يتعلق بالأحكام الجنائية .

ثم إن الطابع الدينى لشريعتنا له آثار مهمة فى فقهنا الجنائى الذى هو موضوعنا .

ب – مميزات التشريع والفقه الجنائي الإسلامي بصفة خاصة :

التشريع الجنائي فرع من التشريع الإسلامي كله، والفقه الجنائي هو علم الفروع ويُطبق عليه ما قلناه بشأن خصائص الفقه ومميزات الشريعة بصفة عامة، لكن بالإضافة إلى ذلك فإن له طبيعة خاصة تميِّزه في نظرنا عن جميع فروع التشريع والفقه الإسلامي الأخرى، وهو أنه ليس عام التطبيق بل له دور تكميلي واحتياطي بصفة استثنائية .

إنه فقه استثنائي، بمعنى أنه لا يطبق إلا بالنسبة للشواذ أو المرضى الذين يصابون بانحراف سلوكي هو ارتكاب المعاصي، والمفروض أن المجتمع الإنساني يتكون من أشخاص يفترض فيهم أنهم أسوياء مستقيمون كما يتكون من أفراد أصحاء. فالصحة والاستقامة هي الأصل الذي يجب أن يعامل على أساسه جميع أفراد المجتمع، والإجرام كالمرض حالات استثنائية يمكن أن تعرض لأي شخص، ولكنها إذا عرضت لهذا الشخص تحتاج إلى معاملة استثنائية لعلاجه، لذلك لابد أن نراعي عند دراستنا للفقه الجنائي وعند استنباط أحكام التشريع الجنائي أنها أحكام استثنائية تخضع لشروط استثنائية ولا تتجاوزها مطلقا .

وهذا هو أساس عدد من المبادئ الكبرى في الفقه الجنائي الإسلامي مثل اشتراط أدلة معينة للحكم ببعض العقوبات ومبدإ (ادرءوا الحدود بالشبهات) الذي هو من أهم المبادئ في الفقه الجنائي الإسلامي، ويمكن القول بأنه لا نظير له في أي فقه آخر .

صحيح أنه في القوانين الوضعية، للقاضي أن يختار التفسير الأصلح للمتهم ويستبعد الدليل الذي يشك في صحته تطبيقا للمبدإ المعروف وهو "أن الشك يُفسر لمصلحة المتهم"، وهذا كله في حدود سلطة القضاء في تقدير الأدلة، ولكن في نطاق التشريع فإن المبدأ الإسلامي في استنباط الأحكام هو أنه تُدرأ الحدود بالشبهات (والحدود هنا تشمل الحدود والقصاص). فإذا ارتكبت جريمة زنا أو جريمة قتل فإن المشرع الإلهي ذاته اشترط لتوقيع عقوبة الحد أو القصاص توافر عدد معين من الشهود، والفقه تبعا لذلك يضع شروطا أخرى لتوقيع تلك العقوبات. والقصد من ذلك أن المشرع والفقيه يستبعدان توقيع عقوبة الحد والقصاص في جميع الحالات التي لا تتوافر فيها تلك الشروط .

۞ المجاهرة بالمعصية تستوجب تشديد العقوبة :

لكـــن هـــذا لا يمـــنع في نظرنا أن يفرض القاضي جزاء تعزيريا إذا اقتنع بوقوع المعصـــية من المتهم ولو لم تتوافر شروط الحد أو القصاص، لأن التعزير في هذه الحالة يكون في نطاق تدابير الوقاية والتربية والتهذيب .

إن كـــثيرين لا يفهمون توسع الفقه في ذكر الشبهات التي تسقط الحد أو القصاص حـــتى أصـــبح وجود هذه العقوبات رمزيا فقط في نظر البعض. فالزنا مثلا لا يمكن أن يعاقب عليه بالحد إلا إذا شاهده وشهد به أربعة شهود رؤية، وفقهاؤنا يفصِّلون المقصود بالرؤية حتى إن البعض منهم يعتقد بأن توافرها غير ممكن وأن وجود مثل هؤلاء الشهود أمـــر مستحيل إلا إذا وقع فعل المعاشرة المحرمة في مكان عام وكان الجناة في حالة عرى كـــامل تمكن أربعة شهود من رؤية هذه المعاشرة بالصورة الفاضحة التي يشترطها الفقه. لذلك، فإنني قلت في حاشيتي إن هؤلاء الشهود مقصود بهم إثبات العلانية الفاضحة التي تشيع الفاحشة في المجتمع، وليسوا مطلوبين لمجرد إثبات واقعة المعاشرة ...

إن من يندهشون لذلك ينسون أن شريعتنا تبدأ بالعقيدة التي هي الإيمان بالجزاء فى اليـــوم الآخر. فالمؤمن يبتعد عن المعاصي خوفا من الجزاء الأخروي يوم القيامة، أما الجـــزاءات الدنيوية فهي واجبة احتياطيا لتخويف من ينسون مسئوليتهم أمام الله يوم القيامة أو لا يؤمنون بالبعث والحساب ...

إن أســـاس الإصلاح الاجتماعي في الإسلام هو "تقوى القلوب" أي الخوف من العقـــاب الأخـــروي، لأن العقـــاب الدنيوي لا يمكن أن يكون كافيا لزجر الناس وإبعادهم عن طريق الغواية والإجرام. إذ الثابت أن أكثر الجرائم التي تقع لا تُبلغ بها أجهـــزة الأمـــن والتحقيق، ثم إن ما يُبلغ لها تعجز الشرطة عن معرفة الفاعلين، فإذا وجدوا من يتهموهم فإنهم بعد ذلك يعجزون عن الحصول على أدلة يقدموها للقضاء لـــيحكم بإدانتهم، بل إذا وجدوا أدلة فإن قاضي التحقيق أو النيابة العامة كثيرا ما يتبين لها أنها أدلة غير كافية. وما ترى النيابة أو قاضي التحقيق تقديمه للقضاء من هذه القضايا لا تحكم المحاكم بإدانة المتهم فيها جميعا، بل كثيرا ما تحكم بالبراءة فيها لعدم كفاية الأدلة... وهكذا فإن نسبة المحكوم عليهم بالعقوبة الجنائية لا تتجاوز 10 % من مرتكبي الجرائم .... وهذه نسبة لا تكفي فعلا لردع المجرمين الذين يفلت أكثرهم من

۞ الجزاء الجنائي له صفة استثنائية :

القضـــاء. ثم أن التشريعات الوضعية تفرض عقوبات السجن أو الحبس. وقد تبين أن بعـــض المجـــرمين يفضلون الإقامة في السجون حيث يجدون المعيشة والرعاية التي لا يوفـــرها لهم المجتمع بسبب الفقر والبطالة وسوء الحالة الاقتصادية بالنسبة للطبقات المستضعفة في المجتمعات العصرية ...

الخلاصـــة أن أي إصـــلاح في القوانين الجنائية أو في إجراءات التحقيق والمحاكمة لن يكفـــي لمقاومـــة الإجرام أو الانحراف، ولابد أن نلتزم بما تفرضه شريعتنا من عقيدة التقوى وخشية العقاب يوم القيامة، وما يترتب على ذلك من قيم سلوكية وأخلاقية وتـــربية دينية هي وحدها الكفيلة بإصلاح الفرد والمجتمع، حتى يبقى الجزاء الجنائي علاجا استثنائيّا في حالات محدودة فقط،وهذا هو ما يميِّز شريعتنا الغراء..

إن معـــرفة الطبيعة الاستثنائية للأحكام الجنائية في شريعتنا رد كاف على أولئك الذين يهـــاجمون المطالـــبين بتطـــبيقها ويدَّعون أن عقوباتها البدنية تتصف بالشدة والقسوة التي ترفضها الدول "العصرية" (بالنسبة لرعاياها فقط، ولكنهم لا يتورعون عن أعمال الإبادة والإذلال والإهانـــة والإفقـــار والاستئصـــال لأبناء الشعوب المستضعفة التي يفرضون سيطرتهم عليها باسم الاستعمار أو "النظام العالمي الجديد" أو التطهير العرقي ...)

ولكن بعض الإسلاميين أيضا هم في حاجة لتذكيرهم بذلك لأن منهم من يتصور أن تطـــبيق الشريعة هو تنفيذ الحدود الجنائية، ويبدءون بذلك، ويؤدي هذا إلى أن يعطوا الســـلطات السياسية والدول سلاحا تُذل به أفراد شعوبها وتزيدهم بؤسا، وتقف بعض الـــنظم عند ذلك دون أن تقوم بواجباتها في الالتزام بمبادئ الإسلام في احترام حقوق الانسان وتطبيق حرية الشورى وتقييد سلطة الحكام ومساءلتهم وعزلهم عند الاقتضاء ودون أن توفـــر في المجـــتمع قواعد الإصلاح الاقتصادى والتكافل والعدل الاجتماعي الذي يوفر للأفراد ما يحتاجون إليه من معيشة توفر لهم الكرامة والحرية والمساواة ...

عـــندما نـــبحث في خصـــائص التشريع الجنائي ونوازن بينه وبين فروع القانون الأخرى في شريعتنا ذاتها نجد أن القانون المدني مثلا قانون عام يطبق على الناس جميعا: الذي يبيع يلتزم بكذا، والذي يتزوج يلتزم بكذا، هذه قواعد عامة يلتزم بها الناس في جميـــع الأحوال، وبناء عليه ليس لها صفة استثنائية والذي له صفة استثنائية هو فقط التشريع الجنائي ...

۞ الجزاء الجنائي يطبق على نسبة ضئيلة من الجرائم :

والرسول صلى الله عليه وسلم عندما جاء له رجل ليعترف بالزنا، قال له : فكر واذهب وعد غدا، فلا يرغب الرسول (صلى الله عليه وسلم) أن يتحمل مسئولية أن يعاقب الرجل عقابا دنيويّا لمجرد اعترافه المرتجل مرة واحدة، بل طلب منه أن يراجع نفسه وكرر ذلك أربع مرات لأنه يعلم صلى الله عليه وسلم أن العقاب الحق سيكون يوم الدين، وهذا هو الأساس في الإسلام ...

إن شريعتنا تدين المجاهرة بالمعصية – وقد عبر عن ذلك الحديث الشريف:

"كل أمتي معافى إلا المجاهرين – وإن من المجاهرة أن يعمل الرجل بالليل عملا ستره الله، ثم يصبح فيقول يا فلان عملت البارحة كذا وكذا – يبيت وقد ستره ربه ثم هو يفضح ستر الله عليه"[1] .

المسلم عندما يؤمن بالله وباليوم الآخر يعلم أنه ليس فى حاجة لعقاب جنائي ليلتزم بالسلوك النقي الصالح، والمجتمع ليس فى حاجة للقانون الجنائي إذا آمن الناس وأحسنوا وسمعوا وأطاعوا وأيقنوا أن الجزاء يوم الدين،ويبقى الجزاء الجنائي الدنيوي هذا في نطاق محدود، وإذا احتاج لذلك الجزاء الجنائى لمواجهة الشذوذ أو الإجرام فيكون ذلك في حالات استثناء محدودة ...

الشريعة توجب على الفقيه القاضي والمجتمع بأن يعمل على تضييق نطاق تطبيق هذا العقاب القضائي الاستثنائي، هناك من يتهمون المسلمين بأنهم يطبقون الحدود ويقطعون الأيدي والأرجل، هؤلاء يجب أن يعلموا أن هذا شيء استثنائي في حالات محدودة، فالمريض قد يحتاج إلى جراحة، والطبيب يفتح بطنه في المستشفى وفتح البطن جريمة فى جميع الشرائع، ولكن إذا كان الشخص مريضا فإننا نفتح ونجرح بطنه وهذا هو العمل الذي يعمله القاضي الجنائي أوالفقيه الجنائي عندما يقرر العقوبة البدنية، فهذا عمل استثنائي لا يكون إلا في حالات استثنائية عندما تقع الجريمة في مجتمع صالح وتتوافر جميع شروط الحكم القضائي بها ...

لقد أشرت إلى أن 50% من الجرائم لا تعرفه الشرطة أو الحكومة، و50% الأخرى ترى الشرطة تبحث ولاتعرف من ارتكبها، و50%من الحوادث الباقية تجمع

---

[1] – حديث متفق عليه .

أدلـــة ولكنها أدلة غير كافية عند الشرطة، أو عند النيابة أو قاضى التحقيق، وتحفظ الدعـــوى لأن الأدلة غير كافية. إن الربع أو الأقل من الربع مما يبلغ للسلطات يقدم لـــلمحكمة وهذه المحكمة تبرئ كثيرا من المتهمين المتقدمين إليها من النيابة فالمدانون أقل من الثُمن .

إن مـــن عمـــل فى القضـــاء وفى النيابة يعرف هذا، وأكوام الشكاوى والقضايا تـــتكدس، لكـــن لايذهب إلى المحكمة إلا أقل من الربع، وأمام المحكمة والنيابة تقف والمحامون يقفون لمحاكمة هذا الربع، ولايحكم بالإدانة فيه إلا فى نصفه أو ربعه .

هـــذا إذا قلنا إننا طبقنا القانون تطبيقا صحيحا فى حين أن هذا ليس مؤكدا فى جميع الحالات، لأن القضاة أنفسهم كثيرا مايخطئون، والرسول ﷺ قال : "إنكم تحتكمون إلىّ، وقد يكون منكم من هو ألحن بحجته فأقضى له بما ليس بحقه، فعليه ألا يأخذه... ". فهذا النبى المرسل يحذرنا من أن حكمه قد يكون غير عادل نتيجة عجز أحد الخصوم عن بيان حجـــته. وهـــذا هو مايحصل عندنا يوميّا فى قضائنا، خصوصا أن الفصاحة أصبحت أول صفات المحامين وكبارهم الذين يمكن للأغنياء وحدهم الاستعانة بهم .

كـــثيرا مـــا نرى المتهم يحصل على البراءة لأنه غنى يوكل عنه محاميا قديرا يكون ألحـــن بحجته كما قال الرسول الكريم. أما الفقير فقد يعجز عن توكيل محام أو يكون له محام لايحسن الدفاع ويحكم عليه بالإدانة، ويكون الحكم صحيحا قانونا، لكنه ليس صـــحيحا ديانـــة. وقد تكون نسبة الخطإ فى الأحكام أكبر حسب خبرة القاضى أو ظروف أحد الطرفين أو المحامين فى القضية .

النتيجة أن أحكام الإدانة فى القضايا قد يكون ضمنها نسبة من الأحكام الخاطئة لأن القضاة بشر معرضون للخطإ، ورسولنا الكريم الذى اختاره الله قدوة للناس وإماما لهم ورســـولا يتلقى الوحى يحذرنا من أن نستفيد من الأحكام غير الصحيحة ولو كان هو بذاته قد أصدرها، فما بالكم بأخطاء قضاتنا فى هذا العصر وفى جميع العصور ؟!

لكن شريعتنا تطمئننا إلى أن الحساب العادل يوم القيام سيرد الحقوق إلى أصحابها إذا كـــانوا قد ظلموا بأحكام القضاء،.ولن يفلت المجرمون من العقاب إذا كانوا قد استطاعوا التهرب من المحاكمة أو حتى الحصول على أحكام بالبراءة لا يستحقونها أو بحفظ القضية لعدم كفاية الأدلة .

❁ الإهدار ليس معناه أن يقوم الأفراد بتنفيذ العقوبات دون محاكمة عادلة :

وهـــذه الطـــبيعة الخاصة للأحكام الجنائية فى شريعتنا لها نتيجة مهمة فيما يتعلق بالأدلة وإجراءات التحقيق والمحاكمة .

نحن نعلم أن أحكام العقود والمعاملات المدنية بل والإدارية والدستورية وأحكام القانون العام والخاص كلها يطبقها الأفراد طوعيا ولايرفع أمرها للقضاء إلا فى حالة وجود خلاف بين أطراف القضية وأصحاب الشأن فيها. لكن التشريع الجنائى يختلف عن ذلك. فالأصل أن المجتمع يعطى القضاء وحده الحق فى الحكم على المتهمين فى الدعاوى الجنائية، بل إنه يفرض عليه قيودا وشروطا متعلقة بالأدلة والإجراءات وضمانات لحقوق الدفاع يتمتع بها من يتهمون بارتكاب جريمة حتى لايتعرضوا للإدانة دون فحص وتحقيق ومحاكمة عادلة تتوافر فيها ضمانات لتمكينهم من ممارسة حق الدفاع تطبيقا لمبدإ أن كل متهم برىء إلى أن يصدر بإدانته حكم قضائى نظرا لأن الأصل فى الإنسان هو البراءة ووجوب حمل حال الناس على الصلاح.

وســـنلاحظ أنه كلما كانت الجريمة خطيرة وتؤدى إلى الحكم بعقوبة شديدة، فإن المشرع الحكيم يزيد فى هذه الشروط اللازم توافرها فى المحاكمة .

ففـــى جـــرائم الحدود التى قررت فيها عقوبات بدنية يوجب مشرعنا أن يكون الإثـــبات قانونيـــا يصل إلى حد اشتراط أربعة شهود رؤية أو اعتراف حر متكرر فى جـــريمة الزنا مثلا - أو جريمة القذف - وفى غيرها يشترط شاهدان كما أن تطبيق مبدأ درء الحدود بالشبهات له أهمية خاصة فى تلك المحاكمات .

لذلـــك كله، سيرى القارئ أننا نعارض ماذهب إليه فقيهنا وكثيرون قبله من عَدِّ المتهم بارتكاب مثل هذه الجرائم مهدر الدم، وأن معنى الإهدار هو أن للمجنى عليه أو غيره من الأفراد حق توقيع عقوبات الحدود. بل ذهب البعض إلى أن هذا واجب على كل فرد فى المجتمع. فى حين أن هذا الواجب أو هذا الحق هو للقضاء وحده فى نظرنا. بل يرون إهدار دم الحربى فى غير حالة الحرب الفعلية، ونحن لانوافق على هذا القول لأن الحرب الفعلية هى وحدها التى تبيح للمسلم المحارب والمجاهد قتال الحربى وقتله لأنه يكون حينئذ فى حالة دفاع عن النفس لأن الحربى المحارب جاء ليقتله، لكن لايجـــوز فى نظرنا أن كل حربى دمه مهدر يجوز لكل مسلم أن يقتله لمجرد أنه "حربى" سواء كان فى دار الإسلام أو غيرها .

❁ التوازن والارتباط بين التقنين والتنظير :

وسيرى القارئ أيضا أننا نعارض بأن عصمة الدم سببها الإسلام أو عقد الذمة أو العهد. وقلنا إن أساسها هو الإنسانية التى يتمتع بها جميع أبناء آدم، ونعتقد أن نظرنا هذا يستحق اهتمام كثيرين من الباحثين والعلماء .

إنـــنا فى بداية توسع جديد فى فقهنا المعاصر، عن طريقين : أولهما : التقنين وهو ظاهرة العصر فى القوانين الوضعية. ويرى كثيرون أن أحكام الفقه الجنائى الإسلامى (وخاصـــة فى مجال التعازير) لابد أن تقدم للباحثين والقضاة وجمهور الناس فى صورة تقنينات عصرية.

وإذا كـــان فقيهـــنا قد اكتفى بالقول بأنه "لامانع" من تقنين أحكام الفقه الجنائى الإسلامى، فإن الجهد الذى بذله فى كتابه لعرض أحكام فقهنا مبوبا على النمط الذى ســـارت عـــليه القوانـــين الوضعية، واستخدم فى كتابته مصطلحات تلك القوانين وأساليبها، كان عاملا مهما فى تسهيل مهمة اللجان التى بدأت مشروعات التقنين فى كثير من أقطارنا، والذى نرى أنه أصبح واجبا على فقهاء عصرنا وعلماء المستقبل.

والطريق الثانى : هو التأصيل الذى يربط نصوص التقنين الشرعى بمقاصد شريعتنا ومـــبادئها العامة التى هى أساس النظريات التشريعية التى ذكر فقيهنا عددا منها على سبيل المثال لا الحصر. ونرى أن من واجب فقهنا التوسع فيها فى الحاضر والمستقبل حتى تربط أحكام التقنينات الشرعية بالمصادر الشرعية ولانحتاج لاستيراد نصوص من الخـــارج ولاتـــتحول التقنيـــنات الشرعية إلى قوانين وضعية تمكن البعض من تجاهل خصائص شريعتنا التى حرصنا على التوسع فى دراستها .

إن التقـــنين والتأصـــيل (أى التـــنظير) كلايهما أهم خصائص المرحلة المعاصرة والمستقبلية فى فقهنا الجنائى وهما مرتبطان .

* * *

والآن لابد أن أبين أهمية الارتباط والتوازن بين التقنين والتنظير فى عصرنا الحاضر.

إنـــنى أعتقد أن ظروف العصر الحاضر وما وصلت إليه مجتمعاتنا من تقدم وتطور قد زادت من حاجتنا إلى تجديد الفقه الجنائي الإسلامي، وأن مفتاح تجديده هو مزيد من العناية بالتنظير (أى التأصيل) لموازنة نتائج التقنين الذى نضطر إليه .

۞ التقنين يتولاه أهل الاجتهاد حتى لا تتحول التقنينات إلى قوانين وضعية :

الارتباط بين هذين الاتجاهين معناه وجوب أن يكون التوسع فى كل منهما متوازنا مع التوسع فى الاتجاه الآخر ... لأنهما فى نظرى متكاملان لا يغنى أحدهما عن الآخر. بل قد تترتب مساوئ كثيرة إذا لم نقدم فى كل جانب منهما ما يكفى لهذا التوازن ...

إن حماستنا لوجوب التقنين فى عصرنا الحاضر والمستقبل لا يجوز أن تنسينا مخاطر الإسراف فى التقنين دون توسع فى التنظير.

أول هــذه المخاطر أن يتوصل البعض إلى تحويل التقنينات الشرعية إلى " قوانين وضعية" تفرضها الدولة وتعبر عن إرادة من يمثلونها (سواء كان تمثيلهم لها صحيحا أو باطلا. وهو الغالب فى كثير من الأحيان).

لهذا أرى أن يبقى التقنين عملا فقهيا حتى تكون له طبيعته العلمية التى تفتح أمامه باب التطوير والتجديد بل والتعدد الذى قلنا إنه من خصائص فقهنا فى جميع فروعه. والتنظير هو الذى يضمن لنا ذلك .

إن التقــنين الفقهــى لازم لــتوحيد القضاء ولمقاومة الفوضى التى قد تنتج عن تعدد المذاهــب واخــتلاف الآراء، لكن يكفى لذلك أن تتبناه المحكمة العليا أو المجلس الأعلى للقضــاء، دون حاجة لتدخل الدولة أو الحكومة، بل ولا المجالس الشعبية السياسية التى تضــم مــن تَعُدُّهم الجماهير "أهل الحل والعقد" لأننا نرى أن أهل الحل والعقد فى مجال التشــريع هــم "أهل الاجتهاد" الذى يشارك فيه المجلس الأعلي للقضاء والمحكمة العليا مشاركة جدية على أساس أن الاجتهاد فى عصرنا أصبح عملا جماعيّا يشارك فيه العلماء والقضــاة وأهل الذكر الذين يكونون أهل الاجتهاد حتى ولو لم يصلوا كأفراد إلى مرتبة الإمامة أو الاجتهاد .

هذا التقنين الفقهى تبقى له صفة الفقه وأحكامه من حيث إنه مجرد آراء وفتاوى فقهيــة لا تــلزم إلا مــن يلتزم بها وهو الشعب أو البلد أو الجيل الذى أصدر أهل الاجــتهاد فيه التقنين ... ويبقى لغيرهم حق إصدار تقنين آخر، فهو كالفتاوى التى يقدمهــا الأئمة والعلماء يبقى الالتزام بها اختياريّا لمن يقتنعون بها ولا تحرم الأفراد أو الجماعات من اختيار آراء أخرى من مذاهب السلف أو الخلف .

❁ أولياء الأمر فى التقنين هم العلماء والفقهاء لا الدول ورؤساؤها :

فى رأينا أن الذى يلزم القضاء بالتقنين هو المجلس الأعلي للقضاء ومحكمة النقض.

إن تحويل التقنين الشرعي إلى قانون وضعي على قدم المساواة مع القوانين المستوردة يشجع البعض على القول بأن مجموعات القوانين الوضعية الحالية لا تخالف الشريعة، وأنها هى التعازير الشرعية لأن "ولى الأمر" مفوض فى نظر البعض لوضع أحكام التعازير ولو باستيراد النصوص من الخارج ...

إن مثل هذا القول غير صحيح فى نظرنا، لأن ما نأخذه على القوانين المستوردة ليس أن أحكامها مخالفة للشريعة، إذا وجدت هذه المخالفة، بل إننا نرفضها حتى ولو ادعى أنصارها ومستوردوها أنها لاتخالف أحكام الفقه، طالما أن منابعها وجذورها أجنبية، تجعلها مقطوعة الصلة بالمنابع الشرعية ومصادر تشريعنا، وتحوِّل الكتاب والسنة، بل والفقه، إلى مجرد موروثات ميتة أو معطلة أو مهملة مقطوعة الصلة بثقافتنا وحياتنا التشريعية، ويصبح مستقبلنا ومصيرنا تابعا لمصير المجتمعات الأجنبية التي استوردنا منها أحكام القانون الوضعى الذى ينقل إلينا عيوب مجتمعاتهم التى توشك على الانهيار، لأننا نعلم أنهم إذا كانوا سبقونا فى طريق الحضارة المادية إلا أنهم سوف يسبقوننا أيضا إلى الانهيار بسبب غياب القيم العقيدية والأخلاقية التى هى جوهر الإسلام الذى نعتز به والتى هى أساس فقهنا وتشريعنا الإسلامى .

إن "ولى الأمر" المفوض لاستنباط أحكام التعازير فى فقهنا هو الفقيه والقاضى المجتهد – وليس هو من يتولى رئاسة الدولة – وذلك ضمانة لكى يظل تشريعنا مرتبطا بالعقيدة والخلق، وتكون للشريعة السيادة التى تجعل الدولة ورئيسها وجميع سلطاتها خاضعة للشريعة وتقنيناتها المستمدة من المصادر الشرعية بمعرفة الأئمة والمجتهدين وأهل الاجتهاد.

الخطر الذى نخشاه من الإسراف فى التقنين، هو تجميد أحكام الفقه نتيجة صياغته فى نصوص ثابتة تجمده. وقد يسد ذلك التقنين على الفقه باب الاجتهاد أو يحرم العلماء الفقهاء والقضاة من القيام بدورهم الذى فرضته الشريعة لهم بالمساهمة الجدية فى استنباط الأحكام الشرعية وتنميتها وإثرائها وتجديدها سواء بحريتهم فى اختيار الحكم الذى يناسب ظروف الزمان والمكان من بين الآراء والمذاهب المتعددة في فقهنا بل وحقهم في

۞ أهل العلم والخبرة هم أهل الاجتهاد وواجبهم التنظير :

استنباط حكم جديد من المبادئ العليا للشريعة التى نريد أن تكون منبع النظريات العامة الـتى تفتح أمام العلماء والفقهاء باب استنباط أحكام مستحدثة فى القضايا التى لا يوجد حكـم لها فى النصوص الشرعية بالكتاب والسنة أو فى المذاهب التى توصل إليها الأئمة والمجتهدون من أسلافنا.

وتفـادى خطر التجميد فى أحكام الفقه يكون بالتوسع فى التنظير، لأن علماءنا عـندما يواجهـون وقـائع مستحدثة لا حكم لها فى نصوص المصادر السماوية ولا اجـتهادات الأئمة السابقين لا يجوز أن يلجئوا إلى استيراد أحكام من الخارج - كما يحـدث اليوم فى القوانين الوضعية - بل يجب أن يتجهوا إلى المبادئ العليا فى شريعتنا التى يجعلونها أساسا لنظريات تشريعية تفيدنا فى استنباط الأحكام الفرعية المستحدثة..

لقـد تكـلم كـثيرون من أسلافنا عن القواعد العامة، وعن التنظير الفقهى فى إطار المذاهب المعروفة، لكننا الآن وصلنا إلى نظريات أعلى وأسمى نسميها "نظريات تشريعية". يكون أساسها نصوصا صريحة فى الكتاب والسنة لا بد من إعمالها والتنسيق بينها.

فى نظـرنا : أن الفقـه الذى يتولى التقنين هو الذى يلتزم بالقيام بما نعتبره المقابل الموازى والمكمل له - وهو التنظير لأنه هو الذى يكسب الفقه مرونة ونموا وسعة تحول دون أن يصاب بالجمود بسبب الغلو فى الاعتماد على التقنينات والاكتفاء بنصوصها .

إن التنظير يقصد به استنباط النظريات العامة فى الشريعة وعدم الوقوف عند حد اسـتنباط الأحكام الفرعية قياسا على ماورد منها فى النصوص الشرعية وحدها لأن الأحكـام الفرعية فى الكتاب والسنة محددة العدد، والمجتمعات تنمو وتتطور وتجد لها قضايا ومشكلات مستحدثة تحتاج إلى تنمية الأحكام الفرعية - وإثرائها - ولايكون ذلـك إلا بالتأصيل أى الاستعانة بالنظريات التى تستمد من المبادئ العامة والمقاصد السامية لتلك النصوص لكى تستمد منها أحكام التعازير .

وفى نظرنا، يتم استنباط الأحكام المستحدثة على مرحلتين : الأولى بناء النظريات العامة. والثانية: الاستعانة بهذة النظريات لاستنباط الأحكام الفرعية المطلوبة .

فالتـنظير عملية معقدة إذا قسناها بالاستنباط المباشر للأحكام الفرعية من النصوص الموجبة لأحكام فرعية محدودة العدد، إن أئمتنا بدأوا باتخاذ القياس المباشر على الحكم

تأصيل أحكام التعازير عن طريق النظريات :

الذى ورد به النص. لكننا الآن ندخل هنا فى نطاق قياس أوسع غير مباشر، لابد أن نستعين فيه بمقاصد الشريعة ومثلها السامية، لأن بناء النظرية لايكفى فيه مدلول النص ولاالقياس عليه. بل لابد من النظر إليه فى ضوء مقاصد الشريعة السامية ومبادئها الأساسية.

لقد ذكرنا فى مواضع سابقة نماذج للنظريات التشريعية[1] نشير الآن إلى ماله صلة وثيقة بالتقنينات الشرعية التى نرى أنها واجبة فى عصرنا واشترطنا ألا تتحول إلى قوانين وضعية مصدرها أهواء حكام قد يفرضون سلطتهم بالقوة والغلب، وإنما تستمد من مصادر التشريع الإسلامى، ومن نظرياته العامة، التى يمكن استنباطها من نصوص الكتاب والسنة، وبخاصة منها مايتضمن أحكاما تكليفية تنهى عن بعض الأفعال وتَعُدها معاصى مثل الربا والزنا وشهادة الزور والتجسس والخمر والميسر، أو توجب أفعالا أخرى مثل أداء الأمانة والوفاء بالعقود والعهود. بل إن النصوص التى تقرر عقوبات القصاص فى جرائم القتل والإيذاء البدنى، أو التى تفرض عقوبات حدية على الزنا والقذف والسرقة إنما تقرر حرمة حياة الناس وسلامة أبدانهم وحرمة الأعراض والأموال، وهذه الحرمات هى أساس نظريات تشريعية يجب الاعتماد عليها فى استنباط أحكام التعازير على الأفعال التى تُعَدّ اعتداء على حرمة حياة الأفراد وسلامة أبدانهم والتى تسمى جرائم الاعتداء على الأشخاص، وكذلك الاعتداء على كيان الأسرة وحرمة الأعراض مثل جرائم هتك العرض وإشاعة الفاحشة والإخلال بالحياء، وجرائم الأموال التى تُعَدّ السرقة إحداها، لكن يجب أن يعاقب أيضا بالتعزير على جرائم خيانة الأمانة والنصب فضلا عن جرائم الإتلاف والحريق واختلاس المال العام والاستيلاء على بيت مال المسلمين وجرائم التزييف والتزوير وما إليها ...

إن النظريات تبدأ بالمبادئ العامة، لكن هذه المبادئ لاتطبق فى شريعتنا بصورة آلية بل لابد من مراعاة المبادئ الأخرى والأحكام التى قد تحد من نطاق تطبيق كل مبدأ أو تفرض عليه شروطا أو قيودا تحول دون تعطيل مفعول المبادئ والنظريات والأحكام التى تتداخل أو تتفاعل معه .

---

[1] تراجع حاشيتنا على البندين 37 و38 فيما سبق .

❁ التنظير توسيع فى مجال القياس والاجتهاد :

إن من أهم معالم التجديد فى هذا الكتاب، عنايته بعرض النظريات التشريعية، التى تمكننا من أن نسبق غيرنا فى مجال الإصلاحات التشريعية، ونكون فى المقدمة بدلا من أن نكون أذنابا .

وقد لاحظنا أنه فى خلال ما عرضه بعد ذلك من أحكام فى القسم العام أو القسم الخاص "المجلدان الأول والثانى من كتابه" لم يشر كثيرا إلى إعمال تلك النظريات ودورها فى استنباط الأحكام الفرعية والترجيح بين الآراء المختلفة رغم اهتمامه بها فى هذا التقديم، واستخلصنا من ذلك أنه كتب هذا التقديم والتوجيه بعد أن أتم دراسة القسم الخاص والقسم العام، وأن القدر لم يمهله لكى يعيد النظر فيما كتبه فى هذين القسمين فى ضوء تلك "النظريات". وعلى ذلك فإن مهمتنا – ومهمة الأجيال القادمة – هى أن نقوم بذلك، وسوف نبذل جهدنا للاستفادة قدر المستطاع من هذه النظريات. وبخاصة نظريات المساواة .

* * *

لايجوز أن يتبادر إلى ذهن القارئ أن ما عرضه الشهيد فى الفقرات السابقة (ابتداء من رقم 20) ليس إلا بعض المبادئ الشرعية أو القواعد العامة المعروفة من قبل، ولكنه يصفها بأنها نظريات عامة كمحاولة منه لإقحام المصطلحات العصرية فى فقهنا لإلباسه لباسا عصريا. إن هذا ظن خاطئ، بل هو فى نظرنا إثم فى حقه.

إن أهم ماتتميز به عملية التنظير – كما عرضها – هو أنها تفرض علينا الرجوع إلى جذور المبادئ العامة وأصولها فى نصوص الكتاب والسنة، فإن الدارس لما قدمه "فقيهنا" فى هذه "النظريات"، يلاحظ أنها تبدأ بعرض النصوص القرآنية على أنها ليست مجرد أحكام فرعية أو تفصيلية أو توجيهات أخلاقية وسلوكية فقط كما يظن كثيرون، بل إنه يجب دراستها باعتبارها منبعا وأساسا لمبادئ عليا ونظريات عامة أصيلة .

وعلى ذلك، فإن التنظير – كما أشار له فقيهنا – يعنى الاعتماد أساسا على النصوص القرآنية والأحاديث النبوية لكى تكون محور النظريات التشريعية ومنبعا لها، الأمر الذى يثرى الفقه ويفتح مجالا واسعا للاجتهادات العصرية، ويحول دون الاكتفاء بما سار عليه البعض من إيراد تلك النصوص على أنها مجرد أحكام فرعية أو قواعد تفصيلية أو مبادئ أخلاقية .

❁ أهمية التنظير فى عصرنا وفى المستقبل :

وإنصافا لفقهائنا السابقين، يجب أن نذكر أهم فتحوا لنا طريق "التنظير" بعنايتهم بالقياس، منذ فجر الإسلام. فالقياس فى نظرنا يمكن توسيع نطاقه تدريجيا لنصل إلى ما نسميه "التنظير" فى عصرنا الحاضر إذا أخذنا بأوسع معانيه، لأنه كان بداية مسيرة الاجتهاد فى الفقه .

وسنعود إلى هذا الموضوع عند كلامنا عن "القياس" الذى وصل البعض إلى اعتبار أنه يُقصد به حاليا "الاجتهاد" بجميع صوره كمصدر من مصادر الفقه[1] ونأمل أن يكون أساسا للنظريات العامة ...

– انتقاء النظريات العامة فى مقدمة الكتاب :

إنه أورد النظريات التى عرضها فى "التقديم" بعد كلامه عن خصائص الشريعة وما تتميز به من سمو وتفوق يميزها عن النظم "الوضعية"[2] وأن نصوصها الكتاب والسنة خالدة لأنها عامة مرنة تزودنا بكل مانحتاج إليه من أحكام مستحدثة فى المستقبل .

إن ما قدمه منها يتجاوز نطاق التشريع الجنائى ويدخل فى نظر البعض فى نطاق ما نسميه الآن "القانون العام أو الدستور" من ناحية "الحريات والمساواة"، أو فى نطاق "القانون المدنى" من ناحية "نظريات الأسرة والزواج، والاستشهاد والتوثيق والإثبات"... فى حين أنه عَدَّها أعم من ذلك، ونحن نؤيد ذلك .

ثم إنه يضاف لها ما يتعلق منها بالتشريع الجنائى خاصة فيما بعد. وسوف يرى القارئ أنه قد تعرض لكثير منها فى القسم العام فى الفصول التالية. ويكفى أن نشير إلى ما ورد منها فى الباب الأول الخاص "بالركن الشرعى للجريمة" وما سماه "قواعد أصولية" بند (87)، مثل مبدإ أن الأصل فى الإنسان البراءة ، وهو ما يسمى الآن مبدأ " لاجريمة ولاعقوبة إلا بنص" البند (89) وما بعده، الذى هو تطبيق لمبدإ البراءة والإباحة الأصلية ووجوب حمل حال الناس على الصلاح وقواعد التفسير، بند (169) وبخاصة ضرورة إعمال "مقاصد الشارع"بند(170) ومبدأ "درء الحدود بالشبهات" بند (187) وما بعده، وقاعدة "لارجعية فى التشريع الجنائى" بند (204) وما بعده ... وهكذا، كما أننا فى حاشيتنا قد توسعنا فى عرض نظريات أخرى .

---

(1) يراجع فيما بعد تعليقنا على البند (135) وما بعده بعنوان القياس باعتباره المصدر الرابع من مصادر التشريع ضمن مباحث الباب الأول بعنوان "الركن الشرعى فى الجريمة" .

(2) البند (13) وما بعده فيما سبق .

۞ النظريات التشريعية عامة على جميع فروع الفقه وليست خاصة بالتشريع الجنائي:

إن اهتمامنا بما قدمه من نظريات يوجب علينا الاعتراف بدوره الرائد والبناء فى الاجتهاد العصرى، واتجاهه إلى بناء النظريات التشريعية سواء ماكان منها عاما على جميع فروع القانون وماكان منها خاصا بالتشريع الجنائى. وأهم من ذلك ما نهدف إليه فى حاشيتنا مما يمكننا من مواصلة خطته عن طريق إعمال النظريات باعتبار أنها هى المبادئ الأصولية وكل مايخالفها هو حكم فرعى وليس مبدأ عاما، وهذا يوجب الالتزام بمراعاة أثرها عند المفاضلة والترجيح بين المذاهب والآراء المختلفة أولا، ثم فى استنباط الأحكام الفرعية فى المسائل الخلافية أو التى لم يتعرض لها أسلافنا بشأن أحكام بعض الجرائم فى القسم الخاص، حتى ولو تجاوزت آراؤنا ما توصل إليه هو أو من سبقوه من فقهائنا أو تعارض معها...

ولابد أن يعرف القارئ أن اتجاه صديقى عبد القادر عوده للتنظير ليس جديدا علىّ، لأننى أعجبت به واستفدت منه منذ أول لقاء لى معه فى عام 1947م عندما كان هو فى بداية إعداده لهذا الكتاب، وكنت أنا أيضا فى بداية إعدادى لرسالتى فى نظرية التفتيش فى الإجراءات الجنائية أثناء بعثتى لإعداد الدكتوراه فى باريس. والتقيته لأول مرة فى حياتى فى أثناء عطلة صيف ذلك العام التى قضيتها فى القاهرة، وتكرر لقائى وحوارى معه بشأن رسالتى حول نظرية "العورة والحرمة" التى جعلتها موضوع رسالتى للدكتوراه فى التفتيش فى الإجراءات الجنائية. وقد ساعدنى فى الرجوع إلى الأصول الشرعية لنظرية "الحرمة والعورة"، سواء منها ما نص عليه القرآن الكريم فى آية "الاستئذان" أو ما ورد فى الحديث الشريف من أن الحرمة "إنما هى من أجل النظر"، فهى لاتحرم الدخول فى مساكن الناس فقط، بل تحرم مجرد النظر دون دخول، وكذلك مجرد الاستماع دون "التسور".

وإننى جعلت محور النظرية هو أن الحرمة المقررة للمساكن وأسرارها وعوراتها هى نفس الحرمة المقررة للأشخاص والرسائل، وهى حماية لحق سميته "حق السر" أو "الخصوصية" فى الاطلاع على عورات الأجسام أو البيوت بل ومجرد الأفكار (فى الرسائل) "طالما لم يعلنها أصحابها للكافة". وإن اكتشاف هذا الحق وتميزه عن الحقوق الأخرى – مثل حق الملكية أو الانتفاع– قد حظى بإشادة أستاذى "هوجنيه"، كما سجله

فى مقدمته لكتابى بالفرنسية مشيرا إلى مخالفة ذلك لما سار عليه كثيرون من "الشرّاح" فى أوربا وفرنسا من حسبان قواعد الإجراءات الجنائية مجرد أحكام إجرائية وشكلية لامجال فيها للنظريات[1] ..

فى رسالتى عن "نظرية التفتيش" قلت: إننى استنبطت "الحق فى السرية" من آية وجوب الاستئذان فى القرآن الكريم، وحديثين شريفين أحدهما: "إنما جُعل الاستئذان من أجل النظر"، والآخر قوله ﷺ: "ما معناه" : "إذا اطّلع أحد فى بيت أخيه (من ثقب بابه) بغير إذنه، فإنه لو فقأ عينه -ليمنعه من ذلك- فلا قصاص ولا دية عليه".

لقد اكتشفت أن الفقهاء اختلفوا فى مدى تطبيق هذا النص، وأن البعض يَعدّونه حكما فرعيا يمنع القصاص فى هذه الحالة، إلا أن آخرين يقولون إنه لايجوز أن يُفهم منه أنه يعطى صاحب المنزل الحق فى أن – يقلع – عين من انتهك حرمة مسكنه بالاطلاع على ما فيه من حرمات وعورات بالنظر من ثقب الباب، كل ماهنالك أنه إنما يبيح له الدفاع الشرعى عن حقه فى حرمة مسكنه وعدم اطلاع الغير على أسراره، على أن يراعى توافر شروط حالة الدفاع الشرعى .

وهنا نلاحظ أن اختلاف الآراء فى الفقه يرجع إلى تداخل النظريات الذى يؤدى إلى أن تعطل إحداها غيرها برغم تعادلهما فى الأهمية، والبعض يرجح إحداهما وغيرهم يرجح الأخرى،بل قد تتغير ظروف الزمان والمكان فيستوجب ذلك أن يغير الفقيه رأيه، أو يأتى غيره فيغيره، وكل هذه الآراء المختلفة تكون صحيحة شرعا ... وهذا فى نظرنا أساس شرعية تعدد المذاهب والآراء فى فقهنا .

والآن نقول إن قَصْر تفسير هذا النص على أنه "حكم فرعى" قد يفوّت أحد "مقاصد الشريعة"، وهو الإشارة إلى نظرية "الحق فى حرمة السر، وحماية العورات" بل ونظرية "الدفاع الشرعى" كذلك، وإن هاتين النظريتين هما من الأهداف البعيدة التى قصد لها الحديث الشريف، وإن إعمالهما معا هو هدف عملية "التنظير"، ووجوب الاستعانة بها فى استنباط الأحكام الفرعية.

---

[1] تراجع مقدمة الأستاذ "هوجنيه" لرسالتنا فى "نظرية التفتيش" المنشورة باللغة الفرنسية فى عام 1950م على نفقة جامعة القاهرة، وسوف ننشر النص العربى المنقح لهذه الرسالة قريبا بمشيئة الله، برغم تأخرنا فى ذلك للآن.

❁ وجوب التعمق في تفسير النصوص الشرعية لاستنباط نظريات تشريعية أساسها الكتاب والسنّة :

إنــنا أيدنا ما ذهب إليه بعض فقهائنا من أن النص يشير إلى تطبيق مبدإ "الدفاع الشــرعى" عن الحرمات، وهى حق كل إنسان فى ألا يطلع الغير على عوراته، ولكنه لايعفــى صـــاحب البيت "الذى يفقأ عين من يطلع من ثقب بابه" من العقوبة (ولو كانت تعزيرا) إلا إذا توافرت شروط استعمال حق الدفاع الشرعى، وأولها ألا يكون هــناك وســيلة أخرى أقل ضررا على المعتدى الذى انتهك حرمة المسكن بالنظر فى ثقب الباب، وتكفى لدفع اعتدائه كما لو كان يكفى زجره أو ضربه مثلا. فلا يجوز أن نفقــأ عينه إذا كان يكفى للدفاع الشرعى ما هو أقل من ذلك. صحيح أنه يمكن القول إنه لايعاقب بالقصاص، ولكنه يعزر إذا أسقطت عقوبة القصاص ...

إن المقصــود بالتــنظير هــو عدم الاقتصار فى تفسير النص الشرعى على الحكم الفرعى المستفاد من ظاهره، بل يجب أن نتعمق فى فهمه ليكون أساسا لنظرية عامة.

وقد قدمت للقراء والباحثين نموذجا لما استفدته من حوارى مع الفقيه "عبد القادر عــوده" مــن اتــباع أسلوب التنظير لجعل نصوص القرآن التى توجب الاستئذان، والأحاديث النبوية المكملة لها، أساسا فى حرمة أسرار الحياة الخاصة .

وقد تابعت هذا الأسلوب فى دراستى لنظرية الشورى[1] بل وجرائم الأموال[2] .

وللــباحث أن يحكم على ما قدمه "فقيهنا" وما نقدمه نحن فى هذا المجال على أنها مجــرد آراء أو اجتهادات تحتمل الصواب والخطأ، فما كان من صواب فهو من نعم الله، وما كان من خطإ فلنا مثل غيرنا أجر المخطئين ما داموا يقدمون الرأى فى حدود طاقتهم ونظرهم وتقديرهم ...

---

(1) أشرنا أخيرا فى كتابنا " فقه الشورى والاستشارة " إلى أن وجود نظرية عامة فى الشورى أصبح أمرا ضروريا فى العصر الحاضر، وحاولنا فى ذلك الكتاب بناء هذه النظرية على أساس نصوص الكتاب والسنة، وإن أساسها نصان قرآنيان، هما، آية فى سورة الشورى وأخرى فى سورة آل عمران. يراجع البند (17) و(18) فى كتابنا "فقه الشورى والاستشارة" .

(2) يراجع كتابنا الموجز فى "جرائم الأموال" فى القانون الجنائى المصرى الذى نشر عام 1953م وكتابنا "فقه الإجراءات الجنائية" ...

❁ النظريات التى أوردها ليست على سبيل الحصر، ويجب علينا مواصلة التنظير فى الحاضر والمستقبل لتجديد الفقه وتنمية أحكامه :

* * *

نحـــن نعترف لفقيهنا "عبد القادر عوده" بدور رائد فى هذا الاتجاه لأنه خصص فى تقديمـــه لكتابه عدة بنود (21 – 39) عرض فيها مبادئ أساسية فى الكتاب والسنة، وعدّهـــا نظريات عامة هى التى استعرضناها فى هذا التقديم والتوجيه. كما أننا نعتز باتجـــاه فقيهـــنا إلى بناء نظريات عامة واسعة خصبة على أساس ما كان يُعَدّ فى نظر كثيرين مجرد أحكام فرعية وردت بها نصوص القرآن الكريم أو السنة النبوية كما هو واضح فى تفسيره لآية الدين فى سورة البقرة .

إن المبادئ موضوع هذه النظريات التى عرضها كان فقهاء القوانين الوضعية يعدّونها خاصـــة بالقانون الدستورى أو المدنى. أما هو فى هذا التقديم فقد عدّها أعم من ذلك شـــاملة لجميع فروع القانون بما فى ذلك التشريع الجنائى، كما أنه لم يقصد حصرها،بل هى فى نظره مجرد أمثلة انتقائية يجب أن يضاف إليها أكثر منها فى المستقبل.

* * *

هذا رأينا فى تعداد هذه النظريات العامة، ولذلك فإن علينا دعوة الباحثين إلى عدم التســـرع فى الحكم على ماتقدمه من أفكار أو آراء تتجاوز ماعرضه علينا، أو تزيد عليه أو تخالفه، فنحن لم نفعل سوى أن بذلنا جهدنا فى السعى نحو الهدف الذى أجهد نفسه من أجله، وهو إقناع الجميع بأن مبادئ الشريعة ونظرياتها العامة قادرة على أن تـــزودنا بكل مانحتاج إليه فى الحاضر والمستقبل من أحكام وتشريعات تحقق مصالح الأفراد والجماعات وتوجهها نحو المثل العليا، ولانحتاج إلى استيراد أحكام من الخارج.

إنـــنا نذكّـــر القـــارئ بأن مرحلة "التنظير" يقصد بها تأصيل الأحكام، أى وضع الأسس الشرعية "لنظريات عامة" تساعدنا ومن يأتون بعدنا على مواصلة تجديد الفقه وإثـــراء أحكامـــه برغم مايطرأ من تغيرات وتطورات، حتى تستغنى بها شعوبنا عن "التســـول" عـــلى موائد "الأجانب" أو نستورد قوانين مما وضعه غيرنا مما قد يلائم مجتمعاتهم، لكنها غريبة على مجتمعاتنا .

القسم الأول
من
الكتاب الأول

<عوده> ٤٠ـ سنتكلم في هذا القسم على موضوعين : أولهما ماهية الجريمة، وثانيهما أنواع الجريمة، وسنخصص لكل موضوع من هذين الموضوعين بابا خاصا ...

الباب الأول
ماهية الجريمة

٤١ـ تعريف الجريمة ... تعرف الجرائم في الشريعة الإسلامية بأنها محظورات شرعية[1] زجر الله عنها بحد أو تعزير.-١- والمحظورات هي: إما إتيان فعل منهي عنه، وإما

[الصدر] ... تعليق "رقم -١-" المحظورات في مفهومها اللغوي والاصطلاحي لدى فقهاء المذهب الجعفري تعني الأفعال المحرمة، فالمحظور هو الإتيان بالمحرم، وأما ترك الواجب فلا يصح إدراجه في المحظورات، لأنه ليس حراما. والتوهم الشائع القائل بأن ترك كل واجب حرام وترك كل حرام واجب لا أساس له لدى التحليل العلمي؛ لأن الواجب هو ما أمر به الشارع لمصلحة ملزمة، والحرام هو ما نهى عنه لأجل مفسدة شديدة فيه، وليس من الضروري أن يكون في ترك الواجب مفسدة، بل قد لا يعني أكثر من تضييع المصلحة المنطوية في "الامتناع عن" الفعل المحرم. وعلى هذا الأساس يتضح أن ترك الواجب ليس حراما وهو بالتالي ليس محظورا، ويصبح من الضروري أن نعطي للجريمة مفهوما أوسع مما تدل عليه كلمة (المحظور) وهذا المفهوم الأوسع هو الذنب، فإن الجريمة هي الذنب وكما أن فعل الحرام ذنب كذلك ترك الواجب فإنه ذنب شرعي أيضا ...

ولفظ الجريمة في العرف الفقهي يطلق كثيرا على الذنوب التي وضع عليها عقاب معين شرعا كالزنا وشرب الخمر، ولكن هذا لا يكفي للتدليل على أن فقهاءنا وضعوا للفظ الجريمة معنى خاصا في حدود اصطلاحهم، وأنهم عدلوا عن مفهومه العام الذي يتناول جميع الذنوب، ما وضع عليه عقاب منها وما لم يوضع، بل من الجائز أن يكون استعمال لفظ جريمة في الزنا وشرب الخمر ونظائرهما بسبب تطبيق المفهوم اللغوي العام عليها، وعلى هذا فيمكن أن نقول إن الجريمة في عرف فقهائنا هي الذنب بصورة عامة، كما هو معناها الحقيقي .... وأما الذنب الذي وضع الشارع له عقابا دنيويا معينا فهو يختص عن سائر الذنوب بلفظ الجناية، وبذلك يظهر أن الجناية أخص انطباقا =

---

(١) الأحكام السلطانية للماوردى ص (١٩٢) ...

عوده فعـــل مأمور به، وقد وصفت المحظورات بأنها شرعية، إشارة إلى أنه يجب في الجريمة أن تحظرها الشريعة ...

فالجريمة إذن هي إتيان فعل محرم معاقب على فعله، أو ترك فعل محرم الترك معاقب على تركه، أو هي فعل أو ترك نصت الشريعة على تحريمه والعقاب عليه ...

ويتـــبين من تعريف الجريمة أن الفعل أو الترك لا يعتبر جريمة إلا إذا تقررت عليه عقوبة ويعبر الفقهاء عن العقوبات بالأجزية، ومفردها جزاء، فإن لم تكن على الفعل أو الترك عقوبة فليس بجريمة ...

وتـــتفق الشريعة تمام الاتفاق مع القوانين الوضعية الحديثة في تعريف الجريمة فهذه القوانـــين تعرف الجريمة بأنها إما عمل يحرمه القانون، وإما امتناع عن عمل يقضي به القانون، ولا يعتبر الفعل أو الترك جريمة في نظر القوانين الوضعية إلا إذا كان معاقبا عليه طبقا للتشريع الجنائي[1] ...

= من الجريمة، فالجريمة هي الذنب، أي ذنب كان، والجناية لدى فقهائنا هي الذنب أو الجرم الذي يوجب العقاب والقصاص .. وكثيرا ما تطلق في كلماتهم على معنى أضيق دائرة من ذلك أيضا وهو الجرح والقطع فتلخص أن وضع العقاب شرعا على الذنب مقوم أساسي لمفهوم الجناية دون الجريمة ...

والعقـــاب الموضـــوع على الجنايات قسمان في المصطلح الفقهي، فهو إما حد وإما تعزير. فـــالحد هـــو مـــا نص عليه في الكتاب والسنة، وأما التعزير فهو كل عقاب أوكلت الشريعة الإسلامية إلى الحاكم تحديده وتعيينه ...

الشاوى ... رأيـــنا في "تعليق -١- "... يتفق السيد الصدر مع فقيهنا في ضرورة أن يستوجب الفعـــل العقوبة لكي يكون جريمة (وإن كان يفضل اصطلاح الجناية) ويشير إلى أن العقاب إما حد وإما تعزير (أي أن القصاص يدخل في عموم اصطلاح الحدود) ...

ويقـــول إن فقهاء المذهب الجعفري لا يعُدون (ترك الواجب) من المحظورات أو "المحرمات" وإن كـــان "ذنـــبا"، أي أن الذنوب "أو المعاصي" الشرعية التي تستحق التعزير أوسع نطاقا من الجرائم "الـــتي يســـميها جـــنايات" فلا يصبح الذنب أو المعصية جريمة "جناية على حد قوله" إلا إذا وضع الشـــارع له عقابا معينا، وهذا هو ما ذهبنا إليه في تعليقنا على البند ٩٨ وما بعده ... فالخلاف هو في أن يستعمل كلمة الجناية بدل الجريمة، وأن الجريمة هي ذنب بدليل أنه يستحق التعزير ...

وسنرى فيما بعد أننا نرى أن بعض "التعازير" ليست في حقيقتها إلا تدابير وقائية وليست عقوبات جنائية كما يدعي البعض ...

---

(١) الأحكام العامة في القانون الجنائي لعلي بك بدوي جزء أول ص ٣٩، الموسوعة الجنائية جزء ثالث ص ٦.

خصص فقيهنا هذا الكتاب الأول لدراسة المبادئ العامة بشأن "الجريمة" وسيكون "الكتاب الثانى" عن "الجزاء الجنائى أو العقوبة" .

وجعـــل هذا الكتاب قسمين ، أولهما عن "تعريف الجريمة وماهيتها وأقسامها" أما الـــثانى فسيكون عن "أركان الجريمة" وهو أكبر حجما[1] ونحن ملزمون باتباع هذا التقسيم برغم مالنا عليه من ملاحظات .

* * *

الجـــريمة هـــى فعل محرم أو معصية شرعية - لكن ليس كل فعل محرم أو محظور شرعى يُعَدّ جريمة جنائية بل يجب أن يضاف لذلك عنصر آخر هو أن يقرر له جزاء جنائى .

لذلـــك يسير كثير من الفقهاء المعاصرين على تسمية القوانين الجنائية بأنها قوانين "العقوبـــات" ، وهـــذا هـــو الاسم الرسمى لمجموعة القانون الجنائى فى مصر . ونحن لانوافـــق عـــلى إطلاق هذه التسمية على التقنينات الشرعية لأنها تشمل التعازير، وسنرى فيما بعد أن التعازير تشمل تدابير الوقاية وهى ليست عقوبات جنائية .

ورأيـــنا هو وجوب التقنين بوضع نصوص تبين الأفعال التى تستحق جزاء جنائيّا وأن كـــلمة الجـــزاء تتسع للإجراءات الوقائية التى يختص بها القضاء وحده ، والمهم عندنا أن يتم التقنين قبل ارتكاب الفعل وأن يختص القضاء وحده بتطبيقه .

---

[1] يضم القسم الأول 43 بندا (من 40 - 82) . أما القسم الثانى فيحتوى على 354 ثلاثمائة وأربعة وخمسين بندا (من 83 إلى 436) .وسنبين فيما بعد أن تضخم القسم الثانى سببه أنه عدّ الموضوعات المتعلقة بالمجرم داخلة ضمن أبحاث "الركن المعنوى للجريمة" فى حين أنه كان يحسن فى نظرنا أن يكون قسما مستقلاّ موضوعه "المجرم" أو الشخص مرتكب الجريمة والمسئول عنها - كما سنبينه فيما بعد - عند تعليقاتنا على البند 273 وما بعده .

<عوده> ٤٢ـ *الجريمة والجناية* : وكثيرا ما يعبر الفقهاء عن الجريمة بلفظ الجناية، والجناية لغة اسم لما يجنيه المرء من شر وما اكتسبه، تسمية بالمصدر من جنى عليه شرا، وهو عام إلا أنه خص بما يحرم دون غيره.أما في الاصطلاح الفقهي، فالجناية: اسم لفعل محرم شرعا سواء وقع الفعل على نفس أو مال أو غير ذلك، لكن أكثر الفقهاء تعارفوا على إطلاق لفظ الجناية على الأفعال الواقعة على نفس الإنسان أو أطرافه، وهي القتل والجرح والضرب والإجهاض[١] بينما يطلق بعضهم لفظ الجناية على جرائم الحدود والقصاص[٢] ...

وإذا غضضنا النظر عما تعارف عليه الفقهاء من إطلاق لفظ الجناية على بعض الجرائم دون البعض الآخر، أمكننا أن نقول : إن لفظ الجناية في الاصطلاح الفقهي مرادف للفظ الجريمة ...

ويختلف معنى الجناية الاصطلاحي في القانون المصري عنه في الشريعة، ففي القانون المصري يعتبر الفعل جناية إذا كان معاقبا عليه بالإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة أو الأشغال الشاقة المؤقتة، أو السجن طبقا للمادة العاشرة من قانون العقوبات المصري. فإذا كانت عقوبة الفعل حبسا يزيد على أسبوع، أو غرامة تزيد على مائة قرش، فالفعل جنحة. فإن لم يزد الحبس على أسبوع، أو الغرامة على مائة قرش، فالفعل مخالفة طبقا للمادتين (١١ ، ١٢) من قانون العقوبات المصري ...

أما في الشريعة فكل جريمة هي جناية، سواء عوقب عليها بالحبس والغرامة أم بأشد منهما. وعلى ذلك فالمخالفة القانونية تُعَدّ جناية في الشريعة، والجنحة تعتبر جناية والجناية في القانون تعتبر جناية في الشريعة أيضا ...

وأساس الخلاف بين الشريعة والقانون هو أن الجناية في الشريعة تعني الجريمة أيا كانت درجة الفعل من الجسامة، أما الجناية في القانون فتعني الجريمة الجسيمة دون غيرها ...

٤٣ـ *علة التحريم والعقاب* : والأفعال التي تُعَدّ جرائم يؤمر بها أو ينهى عنها؛ لأن في إتيانها أو في تركها ضررا بنظام الجماعة أو عقائدها، أو بحياة أفرادها، أو بأموالهم

---

[١] البحر الرائق الجزء الثامن ص (٢٨٦) والزيلعي الجزء السادس ص (٩٧) ...

[٢] تبصرة الحكام جزء ثان ص (٢١٠) ...

〈عوده〉 أو بأعراضهم أو بمشاعرهم أو بغير ذلك من شتى الاعتبارات التي تستوجب حال الجماعة صيانتها وعدم التفريط فيها ...

وقد شرع العقاب على الجريمة لمنع الناس من اقترافها؛ لأن النهي عن الفعل أو الأمر بإتيانه لا يكفي وحده لحمل الناس على إتيان الفعل أو الانتهاء عنه. ولولا العقاب لكانت الأوامر والنواهي أمورا ضائعة وضربا من العبث. فالعقاب هو الذي يجعل للأمر والنهي معنى مفهوما ونتيجة مرجوة، وهو الذي يزجر الناس عن الجرائم، ويمنع الفساد في الأرض ويحمل الناس عن الابتعاد عما يضرهم، أو فعل ما فيه خيرهم وصلاحهم ...

والعقوبات، وإن شرعت للمصلحة العامة، فإنها ليست في ذاتها مصالح بل هي مفاسد، ولكن الشريعة أوجبتها لأنها تؤدي إلى مصلحة الجماعة الحقيقية، وإلى صيانة هذه المصلحة. وربما كانت الجرائم مصالح، ولكن الشريعة نهت عنها لا لكونها مصالح، بل لأدائها إلى المفاسد. فالزنا وشرب الخمر والنصب واختلاس أموال الغير وهجر الأسرة والامتناع عن إخراج الزكاة : كل ذلك قد يكون فيه مصلحة للأفراد، ولكنها مصالح ليس لها اعتبار في نظر الشارع وقد نهى عنها، لا لكونها مصالح، بل لأنها تؤدي إلى إفساد الجماعة ...

والأفعال التي هي مصلحة محضة أو مفسدة محضة قليلة جدا، وأكثر الأفعال تختلط فيها المصالح والمفاسد، والإنسان بطبعه يؤثر ما رجحت مصلحته على مفسدته، وينفر مما ترجح مفسدته على مصلحته، ولكنه في اختياره ينظر لنفسه لا للجماعة، فيؤثر ما فيه مصلحته ولو أضر بالجماعة. وينفر مما يراه مفسدة عليه، ولو كان فيه مصلحة للجماعة. وقد شرعت العقوبات بما فيها من التهديد والوعيد والزجر علاجا لطبيعة الإنسان. فإن الإنسان إذا نظر إلى مصلحته الخاصة وما يترتب عليها من العقوبات نفر منها بطبعه، لرجحان المفسدة على المصلحة، وكذلك إذا ما فكر في الواجب وما يجلبه عليه من المشاق، فقد يدعوه ذلك لتركه، لكنه إذا ذكر ما يترتب على الترك من عقوبة حمله على إتيان الفعل، والصبر على المكروه والمشقة. فالعقوبات مقررة لحمل الناس على ما يكرهون مادام أنه يحقق مصلحة الجماعة، ولصرفهم عما يشتهون مادام أنه يؤدي إلى إفساد الجماعة، وهذا مصداق قوله ﷺ : "حفت الجنة بالمكاره وحفت النار بالشهوات" ..

<عوده> ومـــن المسلم به أن هناك أناسا يفعلون الفعل؛ لأنه مأمور به، وينتهون عنه لأنـــه منهي عنه، لا حذرا من العقوبة، ولا خوفا من النكال، ولكن حياء وخجلا أن يكونوا عاصين ومبادرة للطاعة، وتحقيقا لمصلحة الجماعة، ولكن أمثال هؤلاء قليلون جدا، والأحكام تشرع للكثرة الغالبة لا لمثل هذه القلة النادرة ...

وخلاصـــة مـــا تقدم : أن الشريعة الإسلامية اعتبرت بعض الأفعال جرائم وعاقبت عـــليها لحفـــظ مصالح الجماعة، ولصيانة النظام الذي تقوم عليه الجماعة، ولضمان بقاء الجماعـــة قوية متضامنة متخلقة بالأخلاق الفاضلة. والله الذي شرع هذه الأحكام وأمر بها لا تضره معصية عاص ولو عصاه أهل الأرض جميعا، ولا تنفعه طاعة مطيع ولو أطاعه أهـــل الأرض جميعـــا، ولكنه كتب على نفسه الرحمة لعباده، ولم يرسل الرسل إلا رحمة لـــلعالمين، لاستنقاذهم من الجهالة، وإرشادهم من الضلالة، ولكفهم عن المعاصي، وبعثهم على الطاعة ...

۞ 42، 43 الجنايات هي الجرائم الخطيرة وجميع الأحكام الجنائية لصالح المجتمع:

يقول إن "أكثر الفقهاء تعارفوا على إطلاق لفظ الجناية على الاعتداءات الواقعة على نفس الإنسان (أى حياته) أو أطرافه - بينما يطلق بعضهم لفظ الجناية على جرائم الحدود والقصاص"، لكنه اقترح أن يغض النظر عن هذا التقسيم وأن يُعَدّ لفظ الجناية فى الفقه مرادفا للفظ الجريمة عموما ... دون نظر إلى جسامتها أو نوع العقوبة المقررة لها، كما أنه عاد لهذه الفكرة (فى البند 51) عند كلامه عن تقسيم الجرائم المبنى على جسامة العقوبة ،وعن التفرقة التى سار عليها فقهاؤنا بين جرائم الحدود والقصاص من ناحية والتعازير من ناحية أخرى .

وتقسيم الجرائم بحسب نوع العقوبة هو ما تسير عليه جميع التشريعات الوضعية كما سار عليه فقهاؤنا باهتمامهم بالتفرقة بين الجرائم التى تستحق عقوبات الحدود والقصاص متى توافرت فيها شروط معينة ، وغيرها مما يستحق "التعزير" فقط.

لكن هذا لايمنع من وجود تقسيمات أخرى استعرضها فيما بعد[1] .

ونحن لانكتفى بالتقسيمات التى عرضها ، بل اقترحنا تقسيما موضوعيّا بناء على طبيعة الحق الذى وقع عليه الاعتداء[2]. ونَعُدّ هذا أهم التقسيمات فى نظر الشريعة، ويدل على ذلك قوله: "إن أكثر الفقهاء تعارفوا على إطلاق لفظ الجناية على الاعتداءات الواقعة على نفس الإنسان أو أطرافه" يؤكد ماتميز به فقهنا وشريعتنا من إعطاء أهمية قصوى لردع الاعتداءات على حقوق الانسان وعَدّها من أخطر الجرائم على المجتمع ووصفها دون غيرها بأنها جنايات، وهذا هو أساس التقسيم الموضوعى للجرائم المبنى على طبيعة الحق الذى وقع عليه الاعتداء .

وفى رأينا أن التفرقة بين جرائم الحدود والقصاص، وبين التعازير ضرورى وله نتائج عملية كبيرة. ذلك أن عقوبات الحدود والقصاص هى عقوبات بدنية رادعة وزاجرة، فرضتها الشريعة بنصوص قرآنية أو أحاديث نبوية لكونها جرائم اقترنت بظروف مشددة خطيرة تهدد كيان المجتمع وحقوق الإنسان، ولذلك فمن المنطقى أن تُعَدّ جنايات[3] .

---

(1) البند (50) وما بعده .

(2) يراجع تعليقنا على البند (50) فيما بعد .

(3) وسنرى فى المجلد الثانى المتعلق بالقسم الخاص أنه اكتفى بدراستها وترك التعازير .

❁ لانقر القول بأن بعض الأحكام الجنائية مقررة لصالح الفرد وحده :

أمـــا مـــا عدا ذلك من المعاصى، فمن المتفق عليه أن تقدير الجزاء التعزيرىّ فيها متروك للفقه والقضاء .

الشريعة كغيرها من النظم الجنائية تعاقب على الأفعال التى تضر بمصلحة الجماعة ونظامهـــا وأمنها. ويسرنا أنه لم يشر فى هذا البند إلى وصف بعض الأحكام الجنائية التى تحمى سلامة الأشخاص بأنها مقررة لمصلحة الأفراد بحجة أن عقوبة القصاص فيها لمصلحة فرد هو المجنى عليه أو ولى الدم، وهو قول اعترضنا عليه دائما لأنه فى نظرنا لايمكـــن القول بأن المعاقبة على بعض الجرائم بعقوبة مقررة هو لصالح فرد معين ولو كـــان هو المجنى عليه. لأن مصلحة المجنى عليه فى معاقبة الجانى إنما هى تابعة ونتيجة لمصـــلحة الجماعة لأنه أحد أفرادها الذين تلتزم بتأمينهم وحمايتهم وحماية مصالحهم . فالجـــزاء عـــلى جميع الجرائم مقرر لمصلحة الجماعة أولا ودائما وهو التعزير. وكل مـــايمكن قوله هو أنه فى بعض الجرائم يكون للمجنى عليه دور شرعى فى إجراءات المحاكمة ونوع العقوبة وتنفيذها. ولاحاجة لوصف الجريمة بأنها مقررة لمصلحته، لأن حقـــه فى العفـــو أو التصالح مقصور أثره على إسقاط عقوبة معينة هى القصاص أو الديـــة، لكنه لايستطيع أن يمنع التعزير الذى هو الأصل فى نظرنا وهو حق للمجتمع فى هـــذه الجرائم كما فى غيرها، ولهذا حرصنا دائما على الإشارة إلى أن التعزير هو العقوبة الأصلية فى جميع الجرائم (بما فيها جرائم الحدود والقصاص).

وقد أوضح فى نهاية البند أن وصف العقاب على الجرائم بأنه حق لله يقصد به أنها مقـــررة لصالح المجتمع.،لأن الله سبحانه يفرض الأحكام الجنائية لإصلاح المجتمعات واستقرارها وتقدمها. ومادام التعزير دائما مقرر لمصلحة المجتمع فهو أيضا من حقوق الله. وفى نظرنا أن الجزاء الشرعى فى جميع الجرائم تعزيرا هو حق للمجتمع وحق لله أيضا، ولكن حرص فقهائنا على وصف الحدود بأنها حق لله قصد به ما أشرنا إليه من قبل من قول ابن تيمية من أن هذه العقوبات البدنية عبادات قصد بها تفادى العقاب الأخـــروى، ودفع العصاة إلى التوبة التى تسقط عقوبة الحد لأنها تغنى عنها، ولذلك يمكن القول بأنها خاصة بالمسلمين دون غيرهم ، أما التعازير فتطبق على الجميع .

<عوده> ٤٤ـ *الشريعة والقانون* : وتتفق الشريعة الإسلامية مع القوانين الوضعية في أن الغرض من تقرير الجرائم والعقاب عليها هو حفظ مصلحة الجماعة وصيانة نظامها، وضمان بقائها ...

ولكن الشريعة "بالرغم من هذا الاتفاق الظاهر" تختلف عن القوانين الوضعية من وجهتين :

٤٥ـ *الوجه الأول من الخلاف بين الشريعة والقانون* : تَعُد الشريعة الأخلاق الفاضلة أولى الدعائم التي يقوم عليها المجتمع، ولهذا فهي تحرص على حماية الأخلاق وتتشدد في هذه الحماية بحيث تكاد تعاقب على كل الأفعال التي تمس الأخلاق. أما القوانين الوضعية فتكاد تهمل المسائل الأخلاقية إهمالا تاما، ولا تعنى بها إلا إذا أصاب ضررها المباشر الأفراد أو الأمن أو النظام العام، فلا تعاقب القوانين الوضعية مثلا على الزنا إلا إذا أكره أحد الطرفين الآخر، أو كان الزنا بغير رضاه رضاء تاما؛ لأن الزنا في هاتين الحالتين يمس ضرره المباشر الأفراد كما يمس الأمن العام. أما الشريعة فتعاقب على الزنا في كل الأحوال والصور؛ لأنها تعُد الزنا جريمة تمس الأخلاق، وإذا فسدت الأخلاق فقد فسدت الجماعة وأصابها الانحلال. وأكثر القوانين الوضعية لا تعاقب على شرب الخمر، ولا تعاقب على السكر لذاته، وإنما تعاقب السكران إذا وجد في الطريق العام في حالة سكر بين؛ فالعقاب على وجوده في حالة سكر بين في الطريق العام؛ لأن وجوده في هذه الحال يعرض الناس لأذاه واعتدائه، وليس العقاب على السكر لذاته باعتباره رذيلة ولا على شرب الخمر باعتبار أن شربها مضر بالصحة متلف للمال، مفسد للأخلاق. أما الشريعة فتعاقب على مجرد شرب الخمر، ولو لم يسكر منها الشارب لأنها تنظر إلى الجريمة من الوجهة الخلقية التي تتسع كما نعلم لشتى المناحي والاعتبارات. فإذا صينَتْ الأخلاق، فقد صينت الصحة والأعراض والأموال والدماء، وحفظ الأمن والنظام ...

والعلة في اهتمام الشريعة بالأخلاق على هذا الوجه، أن الشريعة تقوم على الدين وأن الدين يأمر بمحاسن الأخلاق، ويحث على الفضائل، ويهدف إلى تكوين الجماعة الصالحة الخيرة. ولما كان الدين لا يقبل التغيير والتبديل، ولا الزيادة والنقص، فمعنى ذلك أن الشريعة ستظل ما بقى الدين الإسلامي حريصة على حماية الأخلاق آخذة بالشدة على من يحاول العبث بها...

﴿عوده﴾ والعلة في استهانة القوانين الوضعية بالأخلاق، أن هذه القوانين لا تقوم على أساس من الدين، وإنما تقوم على أساس الواقع وما تعارف الناس عليه من عادات وتقاليد، والقواعد القانونية الوضعية يضعها عادة الأفراد الظاهرون في المجتمع بالاشتراك مع الحكام وهم يتأثرون حين وضعها بأهوائهم، وضعفهم البشري، ونزعاتهم الطبيعية إلى التحلل من القيود. كذلك فإن هذه القواعد قابلة للتغيير والتبديل بحسب أهواء القائمين على أمر الجماعة، فكان من الطبيعي أن تهمل القوانين الوضعية المسائل الأخلاقية شيئا فشيئا وأن يأتي وقت تصبح فيه الإباحية هى القاعدة والأخلاق الفاضلة هى الاستثناء. ولعل البلاد التي تطبق القوانين الوضعية قد وصلت إلى هذا الحد الآن ...

ويترتب على هذا الفرق بين الشريعة والقوانين الوضعية، أن يزيد عدد الأفعال التي تكون الجرائم الأخلاقية، ويتسع مداها في البلاد التي تطبق الشريعة، وأن يرتفع مستوى الأخلاق والقيم الروحية إلى أعلى درجاته في هذه البلاد. أما البلاد التي تطبق القوانين الوضعية فإن مستوى الأخلاق فيها ينحط إلى أدنى درجاته، وترتفع القيم المادية بينما تنحط القيم الروحية وتتفشى الإباحية البهيمية، وتنكمش الإنسانية، وتقل الأفعال التي تعد جرائم أخلاقية حتى لتكاد تنعدم ...

٤٦ـ *الوجه الثاني من الخلاف بين الشريعة والقانون* : إن مصدر الشريعة الإسلامية هو الله ؛ لأنها تقوم على الدين، والدين من عند الله، أما مصدر القوانين الوضعية فهم البشر الذين يقومون بوضع هذه القوانين. ومن يراجع الجرائم والعقوبات في الشريعة الإسلامية يتبين أن بعض الأفعال قد عدت جرائم وقررت عقوبتها بنص القرآن، وأن البعض قد عد جريمة أو تقررت عقوبته بفعل الرسول أو قوله، وأن البعض الآخر قد ترك فيه تحديد الفعل المكون للجريمة والعقوبة المقررة لها إلى الهيئة الحاكمة، ولكن لم يترك لهذه الهيئة أن تفعل ما تشاء بل هى مقيدة في اعتبار الفعل جريمة، وفي تقرير العقوبة عليه بقواعد الشريعة العامة وروحها، فليس لها أن تحرم ما أحل الله، ولا أن تحل ما حرمه، ولا أن تعاقب بغير ما أمر به، ولا بما يخالف قواعد الشريعة وروحها العامة. ومن ثم يمكن القول بأن القسم الجنائي في الشريعة كله من عند الله، ولو أن تقرير بعض الجرائم وتحديد عقوبتها من عمل البشر مادام أنهم يعملون في حدود ما أنزل الله على رسوله .

﴿عوده﴾ ٤٧ *ما يترتب على كون الشريعة من عند الله* : ويترتب على كون الشريعة من عند الله نتيجتان مهمتان :

النتيجة الأولى : ثبات القواعد الشرعية واستمرارها ولو تغير الحكام أو اختلفت أنظمة الحكم فيستوي أن تكون الهيئة الحاكمة محافظة أو مجددة، ويستوي أن يكون نظام الحكم جمهوريا أو ملكيا فإن ذلك لم يؤثر على القواعد الشرعية في شيء ما؛ لأن القواعد الشرعية لا ترتبط بالهيئة الحاكمة ولا بنظام الحكم، وإنما ترتبط بالدين الإسلامي الذي لا يتغير ولا يتبدل والذي يؤمن به كل حاكم ويستخدم له كل نظام. وليس الأمر كذلك في القوانين الوضعية التي يضعها الحكام لحماية المبادئ التي يعتنقونها، وخدمة الأنظمة التي يقيمونها، فإن هذه القوانين عرضة للتغيير المستمر وفي طبيعتها عدم الاستقرار ويكفي أن تتغير الهيئة الحاكمة أو يتغير النظام القائم، لتغير القوانين وتنقلب الأوضاع ...

النتيجة الثانية : احترام القواعد الشرعية احتراما تاما، بحيث يستوي في هذا الفريق الحاكم والفريق المحكوم؛ لأن كليهما يعتقد أنها من عند الله، وأنها واجبة الاحترام. وهذا الاعتقاد بالذات يحمل الأفراد على طاعة القواعد الشرعية؛ لأن الطاعة تقربهم مع الله طبقا لقواعد الدين الإسلامي؛ ولأن العصيان يؤدي إلى العقوبة في الدنيا وإلى ما هو شر من العقوبة في الآخرة. فنسبة الشريعة إلى الله أدت إلى احترام الأفراد لها وطاعتها، وكل شريعة في العالم تقدر قيمتها بقدر مالها في نفوس الأفراد من طاعة واحترام، وليس في العالم اليوم شريعة تداني الشريعة الإسلامية في هذا. ولاشك في أنه كلما ازداد احترام الأفراد لشريعتهم وزادت طاعتهم لها، استقرت أمورهم وحسنت أحوالهم، وتفرغوا لشئون دنياهم ...

هذا هو شأن الشريعة وما ترتب على نسبتها لله ﷻ. أما القوانين الوضعية فهي كما قلنا من صنع الفئة الحاكمة، وهي حين تضعها تراعي مصلحتها دون غيرها من الفئات وتحاول أن تحمي بالقوانين أشخاص رجالها، والمبادئ التي يعتنقونها، والأنظمة التي يقيمونها. فإذا ما ذهبت هذه الفئة وجاء غيرها، تغيرت القوانين لتحمي الفئة الجديدة والمبادئ الجديدة، والأنظمة الجديدة. وهكذا تتغير القوانين بتغير الحاكمين والمبادئ والأنظمة التي يقوم عليها الحكم، وهي لا تفتأ تتغير وتتبدل بين حين وآخر، وهذا يؤدي إلى عدم احترام القانون وإلى ذهاب سطوته من النفوس، بل إلى عدم الاكتراث به،

﴿عوده﴾ حتى لقد أصبحنا اليوم نرى الأحزاب المعارضة تحرض أنصارها على الاستهانة بالقـــانون والخروج على أحكامه لتصل على أشلائه إلى أغراضها، وما على الأحزاب المعارضـــة وأصـــحاب الدعوات الجديدة أو الدعوات الهدامة حرج فيما يدعون إليه، مـــاداموا يـــرون أن القانون من صنع أفراد مثلهم وأنه وضع لحماية أناس ليسوا خيرا مـــنهم، أو أنظمة هى شر في نظرهم. ولعل فيما هو حادث اليوم في البلاد الأوربية من تـــبدل الأنظمة والحكام وشكل الحكومات الدليل المقنع على زوال سطوة القانون من نفـــوس الأفـــراد، ولـــو استمر الحال على ذلك لذهبت كل قيمة للقوانين الوضعية، وأصبحت لا تساوي أكثر من الورق الذي كتبت عليه ...

ويجب ألا ننسى أن نسبة الشريعة الإسلامية لله إنما هى تقرير للواقع والمنطق، فمن يؤمـــن بأن الدين الإسلامي من عند الله وجب عليه أن يؤمن بأن الشريعة الإسلامية مـــن عـــند الله لأن الشريعة هى بالذات القواعد التشريعية للدين الإسلامي، جمعت أحكامـــه مـــن عبادات، ومعاملات وأحوال شخصية وجنايات وغير ذلك، وليس الغرض من الشريعة خدمة فرد أو هيئة أو جنس أو نظام معين، وإنما وجدت الشريعة لخدمـــة بني الإنسان كافة على اختلاف ألوانهم وألسنتهم ومناهجهم، كما وجدت لإقرار المساواة والعدالة بينهم ولتيسير أمورهم، فنسبتها إلى الله لا تفيده ﷻ شيئا لأنه غـــني عـــن خـــلقه، وإنمـــا تفيد هذا المجتمع الضال الهداية والاستقرار، وتعود عليه بالاطمئنان والثقة، وتؤدي به إلى الحياة الطبيعية القائمة على المحبة والإيثار، والمساواة والعدالة ...

❁ 44 – 47 – أهمية الطابع الديني في شريعتنا يعطي للعنصر الأخلاقي دورا كبيرا – وهو أساس سيادتها على المجتمعات والدول :

التفرقة بين الشريعة والقوانين الوضعية من حيث أهمية العنصر الأخلاقي والقيم الاجتماعية في التجريم الشرعي بسبب أن منبعها عقيدي إلهي ديني، في حين أن الحكومات أو الدول التي "تضع" القوانين الوضعية إنما تتأثر بمصالحها بل وأهواء المسيطرين عليها في كثير من الأحيان. ونحن نلمس ذلك وننتقده عندما نعارض في ذلك النوع من القوانين التي تكون في الغالب جائرة "سيئة السمعة" .

وقد أشارت لذلك المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين الجنائي الشرعي الذي أعدته لجنة خاصة بمجلس الشعب المصري بقولها (ص309) :

"إن شريعتنا تمتاز عن القوانين الوضعية في تأكيد الإيمان باليوم الآخر وما ينتظر الناس جميعا من حساب وجزاء أخروي. فهي لاتقتصر على الجزاء الجنائي وإنما تغرس في نفوس المؤمنين بها عقيدة البعث والنشور والجزاء الأخروي الذي يكون له في كثير من الأحيان فاعلية أكبر من الجزاء الجنائي الدنيوي في ردع النوازع الإجرامية ، وتضيف لذلك تدابير عبادية واجتماعية تربوية تكفي في نظرها لإلزام الأفراد بالاستقامة وابتعادهم عن جميع الانحرافات ولو لم تقرر لها عقوبات جنائية. إن العقوبات الجنائية ليست لها فاعلية دائما كما يظن البعض لأن كثيرا من المجرمين يقدمون على ارتكاب الجرائم معتقدين أنهم سوف يفلتون من المحاكمة ويتخذون الاحتياطات للفرار، وفي كثير من الحالات يحفظ التحقيق فيها لعدم معرفة الفاعل، بل إنه إذا وجه الاتهام لشخص فإن لديه وسائل كثيرة للإفلات من الإدانة الجنائية حتى عند تقديمه للمحاكمة لأن المحاكمات لا تؤدي دائما إلى إدانة المتهمين لعدم كفاية الأدلة أو التشكك فيها. الأمر الذي يفسر دائما لمصلحة المتهم أو مجرد البطلان في الإجراءات" .

* * *

في نهاية البند 46 إشارة إلى أن تحديد بعض الجرائم وعقوبتها أو جزاءاتها (التعزيرية) من عمل البشر – بشرط أن يلتزموا بمبادئ الشريعة فيما يتعلق بالمعاصي – ونحن نضيف أن البشر المفوض لهم ذلك هم العلماء والفقهاء المجتهدون، أهل الاجتهاد، وليس أصحاب السلطة في الدولة .

إن إشارته للهيئة الحاكمة التي فوض لها المشرع تقنين التعازير أمر يحتاج إلى إيضاح، فإن البعض قد يفهم أن المقصود بها "الحكومة" أو رئيس الدولة وهذا غير وارد، ولم

❁ تجريم التعازير يتبع ما قررته الشريعة بشأن المعاصي الدينية :

نسمع طوال تاريخنا الإسلامى أن السلطان أو الخليفة أو الأمير أو الحكومة كان لهم أى دور فى تحديــد جرائم التعازير أو عقوباتها. وإنما كان ذلك من اختصاص القضاة الذين كان يشترط فيهم أن يكونوا "مجتهدين" .

وسبب الخلط أن كتب الفقه كانت تسمى القاضى "الحاكم". فالحكام فى نظرهم هــم القضاة وهم مستقلون عن الخلفاء والسلاطين والأمراء وكان يشترط فيهم أن يكونوا فقهاء ومجتهدين .

ولذلــك قلنا بأن أولياء الأمر فى التعازير هم أهل الاجتهاد الفردى أو الجماعى، وكان يمثلهم فيما مضى القضاة المجتهدون .

ونعــتقد أن ذلــك يسوّغ إلحاحنا على ضرورة قيام الفقه بتقنين التعازير ، حتى لايترك المجال مفتوحا أمام السلاطين والأمراء ورؤساء الدول ليتدخلوا فى التشريع – وذلــك لتبقى للشريعة صفتها الإلهية المتزهة عن أهواء ذوى السلطان – ولاتتحول الــتعازير إلى مجــال مفــتوح للقوانين الوضعية التى تستغلها بعض الهيئات المسيطرة لمصالحها الذاتية أو لأهوائها وبغيها بواسطة القوانين الوضعية الجائرة أو سيئة السمعة.

* * *

يشــير فقيهنا إلى أن المنبع الإلهى لشريعتنا يكسبها صفات الثبات والاستقلال عن "الهيــئات الحاكمــة" أى الــدول والنظم السياسية والسلاطين، بل إنها تلزم الحكام وتحاســبهم كما تلزم المحكومين وتحاسبهم – فهى فوق الدول والحكومات وتخضع لها جميــع الســلطات (بمــا فى ذلك ما يسمى "السلطة التشريعية") لأنها من عند الله – وليست تعبيرا عن إرادة الدول أو حكامها مثل القوانين الوضعية التى تفرضها الدول.

ومن حسن الحظ أنه أورد خصائص الشريعة هذه مباشرة عقب إشارته (فى نهاية البــند 46) إلى أن تحديد بعض الجرائم وعقوبتها من عمل البشر ... برغم أنه يجب القــول بأن مصدر التشريع الجنائى فى الشريعة – بمعناها العام – من عند الله بما فى ذلك التعازير لأنها تجب فى المعاصى الشرعية بحسب الأصل .

ونعتقد أن واجبنا هنا أن نشير إلى أن البشر الذين تعطيهم الشريعة الحق فى تحديد بعض الجرائم وعقوبتها (يقصد التعازير) ليسوا هم السلاطين أو من يمثلون سلطات "الدولــة"، ولا يجوز فى عصرنا أن يكونوا أفرادا مهما تكن صفاتهم أو مسئولياتهم، لأننا نرى أن الاجتهاد الفردى قد انتهى من زمن، وأن قفل باب الاجتهاد لا يعنى

توقف الاجتهاد وإنما يعنى فقط أنه يجب أن يكون جماعيا، وأن فقهنا دخل مرحلة المؤسسات أى أن الاجتهاد حق البشر كجماعات أو شعوب أو أمة بطريق الشورى – بواسطة من يمثلونها من أهل الاجتهاد الذين فوضتهم الشريعة الإلهية لإتمام أحكامها (فى التعازير) وتختارهم الأمة أو الجماعة لهذه المهمة بالطريق الشرعى الوحيد الذى تمارس به الجماعة سلطانها وهو الشورى الحرة (التى تلزم الجميع) وإذا تعذر على الجماعة أو الأمة ممارسة هذا الحق بطريق مباشر فإن من حقها أن تفوض علماءها وممثليها ونوابها (من أهل الذكر) كمؤسسة تنوب عن الأمة فى ممارسة هذه "الولاية التشريعية" فى نطاق التعازير .... لكى يلتزموا باستنباط أحكامهم من المصادر الشرعية ويلتزموا بمقاصدها وأصولها . وقد يسارع البعض إلى القول بأن هذا هو ما تفرضه النظريات الديمقراطية العصرية التىتجعل سلطة التشريع للمجالس النيابية المنتخبة انتخابا حرّا – ونحن نوافق على ذلك مع إضافة الشرط الذى أكده الشهيد فى العبارة التى أشرنا إليها (فى نهاية البند 46) ونصها "مادام أنهم يعملون فىحدود ما أنزل الله". وهذا هو الفارق الجوهرى الذى يميز الشورى الإسلامية عما نسميه "الديمقراطية"،[1] ولكى يكون الاجتهاد فى حدود ما أنزل الله يجب أن يكونوا من الفقهاء وأهل الاجتهاد أو أهل الذكر .

وعلى الفقهاء والباحثين المسلمين أن يجهدوا أنفسهم فى ابتكار القواعد والنظم التى توفر لنا الضمانات التى تلزم ما نسميه الآن بالسلطة التشريعية بالالتزام بمصادر الشريعة الإلهية ومقاصدها وأصولها – وأول هذه الضمانات هو اشتراط مؤهلات علمية أو خبرات تخصصية فيمن يختارون لهذه المهمة،وكذلك الفصل الكامل بينها وبين سلطات "الدولة"وحكامها ،وهذا يؤكد مدى أهمية مبدإ الفصل بين السلطات فى شريعتنا الغراء.

وفى نظرنا أن فقهاءنا عدّوا القضاة دائما من الفقهاء لذلك يساهمون فى ولاية التشريع التى خصوا بها الفقهاء الذين تعُدّهم الأمة مجتهدين ، وتفوضهم ليمارسوا

[1] توسعنا فى شرحه فى كتاب خصصناه لذلك بعنوان: "الشورى أعلى مراتب الديمقراطية" نشرته دار الزهراء للنشر والإعلام عام 1995م .

❁ ولاية القضاء من اختصاص أهل الاجتهاد وهو مستقل عمن يمثلون سلطة الدولة والمجتهدون هم أولياء الأمر فى التشريع والقضاء وليس لرئيس الدولة غير المجتهد

مهمـــة الاجـــتهاد أى استنباط الأحكام ويشترط الفقه أن يكون القضاة منهم – وبذلـــك حـــرموا "الدولـــة" كذلك من التدخل فى القضاء وحرموا على السلاطين ممارســـته كما حرموهم من التدخل فى التشريع – وإن بقى لهم دورهم التنفيذى فى الالتزام بتنفيذ أحكام القضاء وأحكام الشريعة .

ولذلك،فـــإن مـــا استطرد إليه الفقيه الشهيد من مجاراة بعض العلماء أو الباحثين العصـــريين فى الإشارة إلى أن "ولى الأمر" هو رئيس الدولة[1] يُعَدّ فى نظرنا تجاوزا لا نقره لأن أولياء الأمر فيما يختص بالتشريع هم من يتولون الاجتهاد (الجماعى حاليا) الذيـــن تعـــترف الأمـــة لهم بهذه الصفة وتفوضهم ليقوموا بهذه المهمة مستقلين عن أصحاب السلطة ...

[1] هذا هو ما قرأناه فى بعض كتابات الإسلاميين "العصريين" – ونحن لا نؤيده .يراجع البند 52 وإشارته المتكررة إلى أن من سماه "رئيس الدولة " هو ولى من لا ولى له ، ولذلك فإن له حق العفو عن عقوبة التعازير ..... وسنعود لذلك .

〈عوده〉 ٤٨ـ *الجرائم التأديبية أو الأخطاء الإدارية*: لم يفرق الفقهاء بين الجريمة الجنائية والجريمة التأديبية أو الأخطاء الإدارية كما يفرق بينهما شراح القانون اليوم، والعلة في ذلك ترجع إلى طبيعة العقوبات في الشريعة من ناحية، وإلى تحقيق العدالة من ناحية أخرى، فالجرائم في الشريعة إما أن تكون جرائم حدود أو جرائم قصاص، أو جرائم تعازير. والخطأ الإداري إذا لم يكن جريمة من جرائم الحدود أو القصاص فهو جريمة من جرائم التعازير. فإذا كون الخطأ الإداري جريمة يعاقب عليها بحد أو قصاص، عوقب عليه بهذه العقوبة. ومحاكمة الجاني جنائيا ومعاقبته بالعقوبات المقررة لجرائم الحدود والقصاص تمنع من محاكمته تأديبيا وتوقيع عقوبات تأديبية عليه؛ لأن هذه العقوبات التأديبية لن تكون إلا عقوبات تعزيرية وهى عقوبات جنائية، فكأن الجاني يعاقب مرتين بعقوبات جنائية على فعل واحد فضلا عن أن عقوبات الحدود والقصاص هى أشد العقوبات في الشريعة، وفيها الكفاية لتأديب الجاني وزجره ...

وإذا كان الجاني موظفا. فإنه يمكن عزله أو وقفه عن الوظيفة إذا ثبتت عليه الجريمة، ويصح اعتبار العزل والوقف عقوبة تعزيرية سببها ارتكاب الجريمة، كما يصح أن يقال : إن العزل والوقف لم يقصد بهما العقاب، وأن سببهما زوال صلاحية الجاني لشغل الوظيفة أو مباشرة أعمالها لأن الوظائف في الأصل لا يتولاها المجرمون، فإذا تولاها من ليس مجرما ثم أجرم أصبح بإجرامه غير صالح لتولي الوظيفة حيث زالت صلاحيته بارتكابه الجريمة ...

وإذا لم تكن الجريمة التي ارتكبها الموظف حدا أو قصاصا فهى من التعازير؛ لأن كل ماعدا الحدود والقصاص يدخل في التعازير سواء جاءت به نصوص الشريعة أم حرمته الهيئة التشريعية طبقا للسلطان الذي منحته لها نصوص الشريعة، وإذا كانت الجريمة من التعازير فلا تجوز فيها المحاكمة التأديبية؛ لأن العقوبات التأديبية كالتوبيخ والإنذار والعزل وما أشبه ذلك، كل هذه عقوبات تعزيرية فلو حوكم الموظف مثلا تأديبيا، ثم حوكم جنائيا لعوقب كل مرة بعقوبة تعزيرية، ولكانت النتيجة أنه حوكم مرتين على فعل واحد هو جريمة تعزيرية، وعوقب مرتين على نفس الفعل بعقوبة تعزيرية أي عقوبة جنائية، وهذا ما تأباه نصوص الشريعة؛ لأن القاعدة العامة فيها أن لا يعاقب الإنسان على فعل واحد مرتين. فالمانع إذن من اعتبار الجريمة تأديبية أن الفعل يعتبر جريمة جنائية، وأن العقوبة التي يمكن أن توقع في المحاكمة التأديبية هى نفس العقوبة التي يمكن أن توقع في المحاكمة الجنائية أي أن المانع هو اتحاد الفعل واتحاد العقوبة ...

<عوده> والأسباب التي منعت من وجود الجريمة التأديبية في الشريعة الإسلامية تتوفر بصـــورة عكســـية في دائرة القوانين الوضعية، إذ الأصل في هذه القوانين أن العقوبات الجـــنائية تخالف العقوبات التأديبية، وأن معظم الجرائم التأديبية لا تدخل تحت حكم القوانـــين الجـــنائية ومن ثم فقد اقتضى تغاير العقوبتين والفعلين أن يحاكم الجاني على الفعـــل مـــرتين إذا كان فعله يعد جريمة تأديبية، ولا يمنع توقيع إحدى العقوبتين من توقيع الأخرى، كما لا تحول براءته في إحدى المحاكمتين من السير في المحاكمة الثانية، ويعلـــلون ذلك بأن الدعوى التأديبية يقصد منها حماية المهنة أو الوظيفة وأن الدعوى الجنائية يقصد منها حماية المجتمع ...

ولاشـــك فى أن نظـــرية الشـــريعة أكثر تمشيا مع المنطق وانطباقا على القواعد التشـــريعية الحديـــثة التي تمنع من محاكمة الشخص مرتين على فعل واحد، كما أنها تؤدي إلى اختصار الإجراءات وتقليل المحاكمات ولا تحول في الوقت نفسه من توقيع العقوبة أو العقوبات التي تتلاءم مع شخصية المتهم والجريمة المنسوبة إليه ...

48 - التعزير والتأديب :

الـتفرقة بـين مـا يسميه الفقهاء العصريون "جريمة تأديبية" تمييزا لها عن "الجرائم الجنائية" ترجع إلى نوع العقوبة المقررة للفعل فالجزاء التأديبي فى نظرهم مجرد إجراء إدارى فى نطـاق القواعـد التى تنظم العلاقة بين الموظف أو العامل والهيئة التى يعمل لحسابها، فهى تُعَدُّ جزءا من العقد الذى يتم بين الطرفين ويعطى عادة للمخدوم الحق فى تحديـد الجزاء الإدارى عما يَعُدّه مخالفة لنظام العمل فى مؤسسته، سواء كانت مؤسسة حكوميـة أو خاصة، أو بالأصح إخلالا من المتعاقد عاملا أو مستخدما بالتزاماته التعاقدية أو اللائحية ولذلك فإن وصفه بأنه "جريمة تأديبية" فى غير محله فى نظرنا .

إننا لا نوافق على استطراده للقول بأنه لا يجوز الجمع بين الجزاء الإدارى والجزاء الجنائى – لأن الجزاء الإدارى حق خاص للجهة التى تفرضه لصالحها بناء على علاقة "الخدمـة" التى تربط العامل أو الموظف بها – وهذا الجزاء فى حالة توقيعه مهما تكن الهيئة التى تقضى به – حتى لو سميت محكمة – لا يمنع المجتمع من المحاكمة الجنائية عن ذات الفعل وتوقيع جزاء جنائى – لأن المخالفة الإدارية (بقبول الرشوة أو الاختلاس مـثلا) لا تكفى فيها الإجراءات التأديبية، بل لابد من توقيع الجزاء الجنائى علـى ذات الفعل بعَدّه جريمة جنائية، ولا يمكن أن يُعَدّ ذلك محاكمة مرتين عن ذات الفعل كما يفهم من أقواله،كل ما هنالك أن القضاء سيأخذ فى حسبانه ما وقع على الجانى من تدابير تأديبية إذا تأخرت المحاكمة الجنائية عن الجزاء التأديبى .

ونحن نرى أن "التعزير" فى الفقه لا يقف عند حد العقوبات الجنائية، بل هو يشمل كـل تدابـير الوقاية والتأديب والتهذيب، ولو كانت ذات طابع اجتماعى فقط أو إدارى أو فى نطـاق العـبادات – ولذلك نرى قصر استعمال كلمة "الجريمة" على الأفعال التى يقرر لها عقوبة جنائية دون غيرها من "التعازير" .

(عوده) ٤٩ـ *الجريمة المدنية* : عـرف الفقهاء الإسلاميون موضوع الجريمة المدنية، ولكـنهم لم يطـلقوا عـليه هذه التسمية التي نستعملها نحن الآن متأثرين بالقانون الفرنسـي ... والأصل في الشريعة أن الأموال والنفوس معصومة[1] وكل فعل ضار بالإنسـان أو بمالـه مضمون على فاعله إذا لم يكن له حق فيه، والضمان إما عقوبة جـنائية إذا كان الفعل الضار معاقبا عليه، وإما تعويض مالي إذا لم يكن الفعل الضار معاقـبا عليه، وإذا كان الفعل معاقبا عليه فهو جريمة، أما إذا لم يكن معاقبا عليه فلا يعتـبر جـريمة، ولا يسمى بهذا الاسم وإنما هو فعل ضار وإذن فلا مناسبة تجمع بين الجريمة والفعل الضار إلا أن كليهما مضمون على فاعله ...

وقـد يكون الفعل جريمة (نائية) يستحق الجاني عليها العقاب، ثم يكون الفعل في الوقت نفسه فعلا ضارّا فيضمنه الجاني للمجني عليه، كاستهلاك صيد مملوك في الحرم وشرب خمر الذمي، فإن الفاعل في هاتين الحالتين يعاقب علي الصيد والشرب، وعليه قيمة الصيد والخمر لصاحبيهما[2] ...-٢-

---

(الصدر) ... تعليق "رقم -٢-" أما الحالة الثانية، فالحكم فيها ما ذكره باتفاق المذهب الجعفري إذا كان الشارب مسلما فإنه يحد ويغرم قيمة الخمر المتعارفة لدى الذميين، إذ ليست له قيمة ما في نظر الإسلام. وأما إذا كان الشارب ذميّا، ولم يتجاهر بشربه فلا يقام عليه الحد وإن ضمن ثمن الخمر. وأما الحالة الأولى فلفقهاء الجعفرية فيها قولان :

أحدهمـا إغـناء فدية الصيد عن ضمانه إذا كان مملوكا للغير، وتدفع الفدية إلى مالك الصيد. وذكـر الـبعض في هذا المجال أن ثمن الفدية إن كان أقل من ثمن الصيد فعلى الصائد أن يدفع إلى المـالك مـا يسـتكمل بـه ثمن الصيد، وأما إذا كان العكس فلا يدفع إلى المالك إلا قيمة الصيد ويتصدق بالباقي.

والقول الآخر أن الفدية لا تغني عن ضمان ثمن الصيد لمالكه، فيثبت الضمان والفدية معا، وهـذا القـول أجدر بالقبول لأن كلاّ من دليلي الفدية والضمان مطلق وشامل للحالة التي نبحـثها، فـيجب أن نأخذ محتوى الدليلين معا، ونحكم بالضمان والفدية معا، فالضمان حكم يقصـد به تدارك خسارة المالك ويحتم دفع ثمن الصيد إليه، والفدية حكم تأديبي يقتضي دفعها إلى الفقراء والتصدق بها عليهم، فلا موجب من الناحية العلمية لإهمال أي من هذين الحكمين =

---

(١) أي غير مباحة ...

(٢) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص (٢٦١) ...

(عوده) وتــتفق الشـــريعة مع القوانين الوضعية في هذه الناحية، فهي تجعل الإنسان مسئولا مدنيا على كل فعل ضار بغيره، سواء كان القانون يعتبره جريمة أم لا يعتبره كذلـــك فـــإن كـــان الفعل جريمة وكان ضارا في الوقت نفسه بالغير، كان الفاعل مستحقا للعقوبة وضامنا للضرر كما هو حكم الشريعة ...

ويصطلح شراح القانون المصري على تسمية الفعل الضار بالجريمة المدنية، ولكن هـــذا الاصطلاح لا يكاد يستعمل في دور المحاكم، وهو قاصر على الكتب الفقهية، ولعـــل ذلـــك راجع إلى أن القانون المصري يعبر عن سبب الضمان بالفعل الضار، ولا يعبر عنه بالجريمة المدنية كما عبر القانون الفرنسي ...

= مـــا دام الدليـــل قائمـــا على كل واحد منهما. وأما الأخذ بالقول الأول فهو يؤدي إلى عدة مفارقـــات خاصة، وأن دليل الفدية قد أشير فيه إلى أنها صدقة والمالك قد لا يستحق الصدقة، وحتى إذا كان يستحقها فلا مبرر لإهمال استحقاقه بصفته مالكا لمال قد أتلفه الغير ...

(الشاوى) ... رأينا في "التعليق رقم–٢–في الصفحة السابقة" يذكر السيد إسماعيل الصدر اتفاق فقهاء المذهب الجعفري على أن شرب الخمر يعاقب عليه إذا كان الشارب مسلما فقط، مع الإشارة إلى أنه يضمن قيمة الخمر لصاحبها، على أن تقدر القيمة كتعويض مدني حسب المتعارف عليه لدى أهل الذمة لأن الخمر لا قيمة لها فى الإسلام بالنسبة للمسلم لكنها مقومة بالنسبة للذمي، والعبرة بقيمتها لدى من أصابه الضرر (وهو هنا ذمي). ويقرر أن الشارب إن كان ذميّا فلا حد عليه طالما أنه لم يتجاهر بشربه ويضمن ثمن الخمر على النحو السابق.ولا اعتراض لنا على ذلك.

أما استهلاك صيد مملوك في الحرم فيقول إن لفقهاء الجعفرية فيها قولان، الراجح لديه منهما أنه لا يكفي ضمان ثمن الصيد لمالكه، بل يضاف إلى ذلك وجوب الفدية وهى ما يجب دفعه إلى الفقراء والتصدق به عليهم، أي أنه يجب الفدية والضمان معا ...

والرأي المرجوح هو أنه يلتزم بالفدية فقط على أن يدفع للمالك منها الثمن فقط إذا كانت أكثر من قيمة الصيد ويتصدق بالزائد، أما إذا كانت أقل من الثمن فعليه أن يستكمل ثمن الصيد...

وهذه تفصيلات لا نستطيع أن نتدخل فيها، لكن الرأي الأول أدق في نظرنا لأنه يفصل بين التعويض المستحق للمالك، وبين الفدية التي هى تعزير سواء اعتبرناه تدبيرا وقائيا "كما نرى نحن" أو عقوبة تعزيرية ...

۞ 49 – لا نعرف ما يسمي بالجريمة المدنية :

نؤيــد ما قرره فى نهاية كلامه عما سماه الجريمة المدنية من أن هذه التسمية لا معنى لهــا ولا وجود لها فى ساحة القضاء لأن الضمان الذى يستحقه المصاب من الضرر نتيجة الفعل الضار فى الشريعة والقوانين الوضعية ليس عقوبة ، ولو كان هذا الفعل جريمة جنائية ، ولا يتعارض التزام مرتكب الجريمة بهذا التعويض مع مسئوليته الجنائية ولا يغنى التعويض عن توقيع الجزاء الجنائى عليه بسبب هذا الفعل الضار ذاته ما دام يُكوّن جريمة جنائية ولا يعدّ ذلك ازدواجية .

هــذا يؤيــد رأينا فى البند السابق بشأن الجزاء الإدارى – فهو ذو طبيعة مدنية تعاقديــة ولا يمــنع من المحاكمة الجنائية كما قدمنا ، ويجب فى نظرنا استبعاد كلمة الجــريمة المدنية كما استبعدنا عبارة "الجريمة الإدارية" – لأن هذه موضوعات تخرج عن نطاق التشريع الجنائى وتخضع للتشريع المدنى أو الإدارى .

أكــثر من ذلك فسنرى فى حاشيتنا على البند 53 فيما بعد أن الجزاء الجنائى عما نســميه جــرائم غــير عمدية أو جرائم الخطإ – هو فى حقيقته ضمن تدابير الوقاية والإصــلاح – ويصعب وصفه بأنه عقوبة جنائية لأن الأصل هو الحديث الشريف "رفع عن أمتى الخطإ والنسيان وما استكرهوا عليه" فما لا يؤاخذ عنه ديانة يحسن ألا يوصف بأنه جريمة ... ولو كان يستحق التعزير .

إن الــتعزير فى نظرنا يدخل فى نطاقه تدابير التهذيب والتربية التى يسمونها الآن تدابير الوقاية.

وإذا كــنا نَعُــدّ الــتعازير جزاء جنائيّا فمعنى ذلك أن الجزاءات الجنائية ليست محصورة فى العقوبات ، بل هى أوسع من ذلك ، إذ يدخل فى نطاقها تدابير إصلاحية تعــبدية (مثل الصيام والصدقات ... إلخ) ليس من الصواب وصفها بأنها "عقوبات .... وإذا كانت تعازير" .

الباب الثاني

أنواع الجريمة

(عوده) ٥٠ـ *تتفق الجرائم جميعا في أنها فعل محرم معاقب عليه*، ولكنها تتنوع وتختلف إذا نظرنا إليها من غير هذه الوجهة، وعلى هذا يمكننا أن نقسم الجرائم أقساما متنوعة-٣- تختلف باختلاف وجهة النظر إليها ...

فإذا نظرنا إلى الجرائم من حيث جسامة العقوبة قسمناها إلى حدود، وقصاص أو دية وتعازير-٤- وإذا نظرنا إليها من حيث قصد الجاني قسمناها إلى جرائم عمدية،

(الصدر) ... تعليق "رقم -٣-" وفي بعض تلك التنوعات وخصائصها نقاط من الخلاف نشير إليها في مواضعها إن شاء الله ...

(الصدر) ... تعليق "رقم ٤-" : المفهوم من هذا التقسيم أن كل قسم يمتاز بجسامة العقوبة بالنسبة إلى القسم الذي يليه وليس الأمر كذلك. فإذا تناولنا القسمين الأولين وهما جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية، وجدنا أن بعض جرائم الحدود تقل العقوبة المحددة لمرتكبها عن بعض ألوان القصاص؛ فالقتل هو جزاء بعض جرائم القصاص، ولاشك في أنه يفوق بجسامته عدة من الحدود، فلا يمكن أن يقال إن العقاب على جرائم الحدود أشد من العقاب على جرائم القصاص بصورة مطلقة أو إن في الحدود من ألوان العقاب مالا يصل إليه العقاب في القصاص حيث يصل أحيانا إلى درجة القتل، فلا يتصور عقاب يفوق من الناحية الكمية وإن كان قد يختلف القتل قصاصا عن القتل حدّا من الناحية الكيفية، أي في أسلوب القتل وأكثر من هذا فإن الدية أحيانا قد تكون أجسم عقوبة من بعض الحدود كما أنا إذا أخذنا القسم الثالث وهو التعزير قد يفوق بعض الحدود طبقا للمصلحة العام التي يرتئيها ولي الأمر، وذلك لأن التعزير ليس له حد، وإن كان بعض أقسامه محدودا، كتعزير من قبل امرأة محرمة عليه إذ قال بعض فقهاء الأمة بأن الحاكم لا يجوز له أن يبلغ في تعزيره إلى حد الزنا.وعلى أي حال فقد يكون التعزير أشد عقوبة من الحد أو الدية في بعض الأحايين..

(الشاوى) ... رأينا في "تعليق رقم -٤-" ينتقد المعلق الشيعي القول إن تقسيم الجرائم إلى حدود وقصاص وتعازير مقياسه جسامة العقوبة؛ لأن بعض عقوبات القصاص أشد من عقوبات الحدود ونحن نوافق على ذلك :

لكن قوله إن بعض التعازير قد يكون أشد من بعض الحدود يحتاج إلى مراجعة؛ لأن العبرة في الموازنة هي الحد الأقصى للعقوبة من ناحية، وقد قلنا في مواضع متعددة إننا لا نرى جواز =

﴿عوده﴾ وجـــرائم غـــير عمدية وإذا نظرنا إليها باعتبار وقت كشفها قسمناها إلى جـــرائم متلبس بها، وجرائم لا تلبس فيها، وإذا نظرنا إليها من حيث طريقة ارتكابها قسمناها إلى جرائم إيجابية، وجرائم سلبية، وإلى جرائم بسيطة، وجرائم اعتياد وإلى جـــرائم مؤقتة وجرائم غير مؤقتة، وإذا نظرنا إلى طبيعتها الخاصة قسمناها إلى جرائم ضد الجماعة وجرائم ضد الأفراد، وإلى جرائم عادية وجرائم سياسية ...

= القـــتل كعقوبـــة تعزيرية قصوى (سياسة كما يقولون)، ولذلك فإننا نرى أن التعازير هى بلا شـــك أخـــف عقوبة من القصاص والحدود لأن كلا هذين النوعين تصل عقوبته إلى القتل كحد أقصـــى، فضـــلا عـــن أنه في أغلب الأحيان يجب الحكم بالحد الأقصى عند توافر شروط معينة أوضحناها في مواضعها ...

إن مـــا قالـــه فقيهنا يكون صحيحا باعتبار أن القصاص ضمن الحدود بمعناها الواسع، وأن الحدود – بما فيها القصاص – أشد من التعازير ...

50 – التقسيم الموضوعي للجرائم وحقوق الإنسان :

لقد سجلنا تقديرنا لما قام به الفقيه الشهيد من اعتماده على التبويب المتبع فى الفقه العصرى للقوانين الوضعية، لكننا نلاحظ أنه بالغ فى هذا الاتجاه فيما يتعلق بتقسيم الجرائم أو ما سماه أنواعها .. إذ إنه اكتفى بالتقسيم الذى يسير عليه فقهاء القوانين الوضعية؛ وكنا نفضل لو أضاف لذلك ما نسميه التقسيم الموضوعى – الذى نعتقد أن شريعتنا تميزت به عندما خصت بعض الجرائم المقترنة بظروف مشددة تستوجب فرض عقوبات حدية أو بالقصاص والدية لسبب موضوعى هو فى نظرنا أهمية الحق الإنسانى الذى يتمتع بالحرمة أو القيم الأساسية للمجتمع الصالح التى أضرت بها الجريمة والظرف المشدد الذى اقترنت به.

التقسيم الموضوعى الذى نرى إضافته هو تمييز الجرائم التى تُعَدّ اعتداء على "حقوق الإنسان" الشرعية الفطرية فى سلامة بدنه وحياته التى خصتها الشريعة بعقوبات القصاص وكذلك الجرائم التى تُعَدّ اعتداء على النظام الاجتماعى القائم على حرمة الأعراض وحصانة الأسرة وحماية الأموال وسلامة العقل والوعى والإرادة والمعتقدات الدينية وما يتصل بها، وخصتها بعقوبات مقدرة تمييزا لها عن الجرائم التى يكفى فيها التعازير – وهى الجزاء الجنائى العام.

إن الفقه الإسلامى تكلم كثيرا عن "الحرمات" التى تحمى حقوق الإنسان (فى سلامة جسمه وحياته وعقله وعقيدته وعرضه وماله)؛ ومن واجبنا أن نرد بذلك على من يدعون أن النظريات المستوردة سبقتنا إلى حماية حقوق الإنسان وحرماته، وزعم بعضهم أنه لم يجد إشارة إلى "حقوق الإنسان" فى فقهنا .

والرد العملى والعلمى على هذه الادعاءات هو إبراز وتأكيد تميز الشريعة بفرض عقوبات رادعة وزاجرة بدنية على الجرائم التى تتضمن اعتداء مباشرا على هذه "الحقوق الإنسانية الأساسية " إذ خصتها بنوع معين من العقوبات القصوى حدّا أو قصاصا يدعى البعض أنها قاسية لأنها جسمية أو بدنية قُصد بها الزجر والردع الحاسم بسبب ما تسبغه شريعتنا من قداسة على الحقوق الإنسانية الأساسية وحصانة القيم الاجتماعية الثابتة التى تهددها تلك الأفعال .

وقد أشار الشهيد إلى التفرقة بين هذا "النوع" من الجرائم وبين جرائم التعازير، لكنه اكتفى بأن جارى الفقه "العصرى" الوضعى فى أن جعل مقياس التفرقة هو "جسامة العقوبة" أو نوعها – وهذه مجاراة لما تسير عليه التشريعات الوضعية فى التفرقة بين الجنايات والجنح ... على أساس جسامة العقوبة أو أنواعها – مع أن جسامة العقوبة فى شريعتنا إنما كانت نتيجة خطورة الفعل وقُصد بها إيجاد حماية استثنائية وخاصة للحقوق والقيم الاجتماعية التى تهددها هذه الاعتداءات التى يعاقب عليها بعقوبة القصاص أو الحدود الرادعة الزاجرة البدنية.

الفصل الأول
التقسيم المبني على جسامة العقوبة
الحدود ... القصاص والدية ... التعازير

عوده ٥١- *تنقسم الجرائم بحسب جسامة العقوبة المقررة عليها إلى ثلاثة أقسام :*

القسم الأول:جرائم الحدود: هى والجرائم المعاقب عليها بحد، والحد-٥- هو العقوبة المقـدرة حقا من الله ﷻ[1] ومعنى العقوبة المقدرة أنها محددة معينة فليس لها حد أدنى ولا حد أعلى، ومعنى أنها حق لله أنها لا تقبل الإسقاط لا من الأفراد ولا من الجماعة.

وتُعَـد العقوبـة حقا لله في الشريعة كلما استوجبتها المصلحة العامة، وهى دفع الفسـاد عـن الـناس وتحقيق الصيانة والسلامة لهم، وكل جريمة يرجع فسادها إلى العامـة، وتعود منفعة عقوبتها عليهم، وتُعَد العقوبة المقررة عليها حقا لله ﷻ تأكيدا لتحصـيل المنفعة، وتحقيقا لدفع الفساد والمضرة إذ اعتبار العقوبة حقا لله يؤدي إلى عدم إسقاط العقوبة بإسقاط الأفراد أو الجماعة لها ... وجرائم الحدود معينة ومحدودة العدد وهى سبع جرائم -٦- :

الصدر ... تعـليق "رقـم -٥-" وجاء في كتابي الجواهر ورياض المسائل تعريف الحد بأنه عقوبة خاصـة تتعـلق بـإيلام بدن لمكلف بواسطة تلبسه بمعصية خاصة عين الشارع كميتها في جميع أفـراده. وقـد لوحظ في هذا التعريف التصريح بأن المقدر والمحدد للكمية هو الشارع كما عين مصب العقوبة حيث قال إنها تتعلق بإيلام بدن المكلف، فكفارات الإحرام مثلا وإن كانت مقدرة من الله وقد تعتبر عقوبة غير أنها ليست حدودا لأنها لا تتعلق بإيلام بدن المكلف (الشخص) ...

الشاوى ... رأينا في "تعليق رقم -٥-" يذكر هنا رأيه بأن العقوبة البدنية هى وحدها التي تعتبر حـدا وأن الكفارات لذلك ليست حدا، وهذا يؤيد ما نقوله في تعليقنا على البند {٤٧٣} من أنها تدخل ضمن التدابير الاحترازية، وهذا الرأي ينطبق من باب أولى على الدية ...

الصدر ... تعليق "رقم -٦- " وفي الفقه الجعفري يضاف إلى ذلك ثلاث جرائم أخرى :

أولهـا : الـلواط، وقـد عرف في شرائع الإسلام وجواهر الكلام بأنه وطء الذكران من الآدميين. وفقهاء المذهب مجمعون على تشريع الحد عليه ووافقهم في ذلك من بقية فقهاء =

---

(١) فـتح القديـر الجزء الرابع ص ١١٢، ١١٣ والإقناع جزء رابع ص ٢٤٤ الأحكام السلطانية ١٩ بدائع الصنائع سابع ص/٦٦/٣٣ .

= المسلمين الشافعي في كتاب الأم ص ١٦٩، ومالك وربيعة، والزهري، والحسن البصري والليثوإسحاق بن راهويه وأبو زياد كما في كتاب المحلي لابن حزم ج ١١ ص ٣٨٢، وبدائع الصنائع ج/٧ ص ٣٤، كما أن الحافظ البيهقي نسب القول بالحد إلى أمير المؤمنين(ع) وابن عباس وابن الزبير وسعيد بن المسيب، وعطاء، وذكر كل من ابن حزم في المحلى ج/١١ ص ٣٩، والحافظ البيهقي في سننه الكبرى ج/٨ ص ٢٣٢ أن عليا (ع) لما حكم بإقامة الحد على اللواط أجمع رأي أصحاب النبي ﷺ على ذلك ...

والمدرك الفقهي لهذا الحد من طرق أهل البيت (ع) روي بطريق صحيح أن سائلا كتب إلى الإمام موسى بن جعفر (ع): " ماحد رجلين نكح أحدهما الآخر طوعا بين فخذيه ؟ فكتب عليه السلام: "القتل" ... ويدل على لزوم الحد من طرق حفاظ السنة الخبران اللذان ذكرهما كل من الحاكم في المستدرك على الصحيحين ج/٤ ص/٣٥٥ وحكم بصحتهما، والحافظ البيهقي في السنن الكبرى ج/٨ ص : ٢٣٢، وأحمد بن حنبل في المسند ج/٤ ص : ٢٥٧ والترمذي في صحيحه ج/٦ ص : ٢٤٠ والمتقي الهندي في كنز العمال ج/٣ ص ٧٠ و٩٩ عن أحمد وأبي داود والترمذي والنسائي وابن ماجه والدارقطني والحاكم وغيرهم ...

الخبران معا عن ابن عباس ذكر في أولهما أن رسول الله ﷺ قال: من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به، وذكر في ثانيهما أن رسول الله ﷺ قال: اقتلوا الفاعل والمفعول به، يعني الذي يعمل عمل قوم لوط .

وثانيهما : المساحقة، والمقصود منها فقهيا وطء المرأة مثلها، وقد أجمعت كلمة الفقهاء الجعفريين على وضع الشارع حدا معينا عليها، ووافقهم على ذلك جملة من فقهاء المذاهب الأخرى، كما في المحلى لابن حزم ج/١١ ص : ٣٩٠. وإنما وقع النقاش في ماهية هذا الحد وتحديده إذ ذهب أكثر فقهاء الجعفرية وعدة من غيرهم إلى أن حد المساحقة (مئة) جلدة سواء أكانت المرأتان محصنتين أم لا. وأما غير الجعفريين فيظهر موقفهم مما نقله ابن حزم في المحلى ج/ ١١ ص:٣٩٠ عن ابن شهاب أنه قال : أدركت علماءنا يقولون إن المرأة تأتي المرأة تجلدان "مئة" الفاعلة والمفعول بها. وأما فقهاؤنا الجعفريون فقد استند أكثرهم في تعيين الحد إلى ما رواه زرارة عن الإمام أبي جعفر محمد بن علي الباقر (ع) من الأمر بالجلد، وفي ضوء إطلاق الأمر وشموله لحالتي الإحصان وعدمه أفتوا بأن الحد هو الجلد بصورة مطلقة. غير أن جمعا من فقهاء الجعفرية قالوا إن حد السحق هو حد الزنا (الرجم مع الإحصان والجلد مع غيره)، وهذا هو الأجدر بالقبول نظرا إلى ما روى بطريق صحيح من أن نسوة دخلن على الإمام أبي عبد الله جعفر بن محمد الصادق (ع) فسألته امرأة منهن عن السحق، فقال: حدها حد الزاني. وفي ضوء هذا الحديث نستطيع أن نصرف رواية زرارة الآنفة الذكر إلى صورة عدم الإحصان، فالجلد هو=

عوده (١) الــزنا (٢) القـــذف (٣) الشرب (٤) السرقة (٥) الحرابة -٧- (٦) الــردة (٧) الــبغي. ويسميها الفقهاء الحدود دون إضافة لفظ جرائم إليها، وعقوباتها تســمى الحدود أيضا ولكنها تميز بالجريمة التي فرضت عليها فيقال حد السرقة، وحد الشرب، ويقصدون من ذلك عقوبة السرقة وعقوبة الشرب .

القسم الثاني : جرائم القصاص والدية : وهى الجرائم التي يعاقب عليها بقصاص أو ديـــة، وكل من القصاص والدية عقوبة مقدرة حقا للأفراد.-٨- ومعنى أنها مقدرة أنها

= حد غير المحصنة، والرجم هو حد المحصنة. ويدل على ذلك من طرق حفاظ السنة ما رواه البيهقي في ســـننه الكبرى ج/٨ ص : ٢٣٣ من أن رسول الله ﷺ قال : "إذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان" وما رواه ابـــن حـــزم في المحلى ج/١١ ص : ٣٩١ من أن النبي ﷺ قال : "السحاق زنا النساء بينهن". ومـــن الواضـــح أن إعطاء المساحقَة صبغة الزانية شرعا يعني تطبيق أحكام الزانية على المساحقة بما فيها نوعية الحد المفروض من الجلد حينا والرجم حينا آخر ...

وثالثهما : القيادة وهى جمع فاعلي الفاحشة من الزنا أو المساحقة أو اللواط، وحدّها في الرأي الفقهي السائد عند الجعفرية ٧٥ جلدة مع النفي عن البلد الذي هو فيه. وسند هذا الرأي ما رواه ابن سنان عن الصادق عليه السلام ...

الشاوى ... رأينا في... "تعليق رقم -٦-" لا يكتفي بالحدود السبعة التي ذكرها فقيهنا، بل يقول إن الفقه الجعفري يضيف لها ثلاث جرائم أخرى هى : اللواط، المساحقة، والقيادة أي الوساطة التي تجمع بين مرتكبي الفاحشة. وهو يتوسع في بيان الحجج التي يستند إليها الفقه الجعفري ...

إن هذا التوسع في تطبيق الحدود بطريق القياس نعارضه لأنه يخالف ما قلناه دائما من أن النصوص المقررة للحدود تُعَد استثنائية لا يجوز التوسع في تطبيقها ...

والأدلة التي يستندون إليها ليست كافية في نظرنا لأنها مجرد سوابق قضائية يمكن اعتبار ما قرره بشأنها أسلافنا تعازير، وليس من الضروري وصفها بأنها حدود ...

مع ملاحظة أننا أخذنا بالرأي الذي يقول بأن عقوبة الرجم غير واجبة في الزنا لأنها تخالف النص الصريح في القرآن الكريم، فلا محل لها في غير الزنا من باب أولى، سواء في اللواط أو المساحقة أو ما يسميه "القيادة" ...

الصدر .. تعليق "رقم -٧-" الحرابة هى الجريمة التي يطلق عليها في كتب الفقه الجعفري اسم المحاربة.

الصدر .. تعـــليق "رقم -٨-" ويمتاز القصاص عن الدية بأنها اسم لاستيفاء مثل الجناية من قتل أو جـــرح أو ضرب، وتميز الدية بأنها المال اللازم أو الواجب في الجناية من قتل وما دونه كما صرحت بذلك بعض كتب الفقه الجعفري عند تعريف اللفظتين ...

(عوده) ذات حد واحد، فليس لها حد أعلى وحد أدنى تتراوح بينهما، ومعنى أنها حق للأفــراد أن للمجني عليه أن يعفو عنها إذا شاء، فإذا عفا، أسقط العفو العقوبة المعفو عنها ...

وجــرائم القصاص والدية خمس-٩- (١) القتل العمد (٢) القتل شبه العمد (٣) القتل الخطـأ (٤) الجناية على مادون النفس عمدا (٥) الجناية على مادون النفس خطأ، ومعنى الجناية على مادون النفس الاعتداء الذي لا يؤدي للموت كالجرح والضرب ...

ويتكــلم الفقهــاء عن هذا القسم عادة تحت عنوان الجنايات، متأثرين في ذلك بمــا تعــارفوا عليه من إطلاق لفظ الجناية على هذه الأفعال(١) ولكن بعض الفقهاء يتكــلمون عن هذا القسم تحت عنوان الجراح.(٢) ناظرين إلى أن الجراحة هى أكثر طرق الاعتداء كما أن بعض الفقهاء يؤثرون لفظ الدماء(٣) عنوانا لهذا القسم ...

القسم الثالث : جرائم التعازير : هى الجرائم التي يعاقب عليها بعقوبة أو أكثر من عقوبات التعزير، ومعنى التعزير التأديب، وقد جرت الشريعة على عدم تحديد عقوبة كل جريمة تعزيرية، واكتفت بتقرير مجموعة العقوبات لهذه الجرائم تبدأ بأخف العقوبات

(الشاوى) ... رأيــنا في "تعليق رقم -٨-" التفرقة التي أشار إليها لا تكفي ؛ لأن المهم هو البحث فيما إذا كانت الدية عقوبة بحتة أو تعويضا ...

وسوف نناقش هذا فيما بعد، وسنرى أن لنا رأيا هو أنه يجوز الحكم بتعويض إضافي إذا كان مقدار الدية لا يكفي للتعويض، وبذلك تكون الدية هى الحد الأدنى الذي يحكم به وهى عقوبة وتعويض في نفس الوقت ...

(الصدر) ... تعليق "رقم -٩-" الأولى والرابعة من جرائم القصاص، والبقية من جرائم الدية ...

(الشاوى) ... رأيــنا في "تعليق رقم -٩-" حرص السيد الصدر على الإشارة إلى أن القصاص هو فقــط في الجرائم العمدية سواء كانت قتلا أو مادون القتل من إيذاء بدني، أما الإصابات خطأ ســواء أدت إلى الموت أو إلى جرح فجزاؤها الدية، ونحن نرى أن الدية ذات طبيعة مزدوجة، ففيها معنى الجزاء الجنائي والتعويض في نفس الوقت، ومثل الخطأ شبه العمد ...

---

(١) بدائــع الصنائع الجزء السابع ص ٢٣٣ الإقناع ص ١٦٢ جزء رابع، البحيري على المنهج ص ١٢٩ الجزء الرابع ...

(٢) تحفة المحتاج الجزء الرابع ص ١، المغنى ٣١٨ الجزء التاسع ...

(٣) مواهب الجليل للحطاب الجزء السادس ص ٢٣٠ ...

〈عوده〉 وتنتهي بأشدها وتركت للقاضي أن يختار العقوبة أو العقوبات في كل جريمة بما يلائم ظروف الجريمة وظروف المجرم. فالعقوبات في جرائم التعزير غير مقدرة ... وجرائم التعزير غير محدودة-١٠- كما هو الحال في جرائم الحدود أو جرائم القصاص

[الصدر] ... تعـليق "رقم -١٠-" بل هي محدودة في نطاق ما يُعَدّ معصية شرعية سواء اكتسب الفعل صفة المعصية بسبب نص شرعي خاص كالربا والغش والرشوة في الحكم، أم بسبب نهي ولي الأمـر (رئيـس الدولة الإسلامية) عنه نظرا إلى أن معصيته فيما يرجع إلى شؤون الحكم ومتطلباته محرمة شرعا فهي في الحقيقة معصية شرعية أيضا كالربا والرشوة. وعلى هذا فالتعزير لا يجوز ما لم يكتسب الفعل صفة المعصية الشرعية لأحد السببين ...

ثم إن التعزير الذي يباشره الحاكم تارة يكون مما جاء الأمر به في نص خاص كالنصوص التي أمـرت بالـتعزير على محرمات معينة وأخرى يكون طبقا للمصلحة العامة التي يتولى الحاكم الحفـاظ عليها شرعا، والقسم الأول من التعزير لا يقبل العفو عنه لأنه مخالفة للنص وإنما يجوز العفو في القسم الثاني إذا اقتضت المصلحة العامة ...

وعـلى هذا فالضابطة الفقهية في إمكان العفو هو عدم ثبوت التعزير بنص خاص فكل ما لم يثـبت التعزير عليه بالنص الخاص جاز العفو عنه عند اقتضاء المصلحة العامة سواء كان الفعل معصية بسبب نهي الشارع أم نهي ولي الأمر عنه ...

[الشاوي] ... رأيـنا في "تعـليق رقم -١٠-" يعترض السيد الصدر على قول فقيهنا إن التعازير غير محدودة، ويقول إنها محدودة في نطاق المعاصي الشرعية، فلا يجوز التعزير في غيرها، ويجعلها قسمين:

القسم الأول : هي المعاصي التي ورد بتحريمها نص شرعي، ومثالها في نظره الربا والغش والرشوة.

القسم الثاني : هي كل مخالفة لما نهي عنه (ولي الأمر) نظرا لأن عصيانه فيما يرجع لشئون الحكـم ومتطلباته محرمة شرعا. فمخالفة أوامر أولي الأمر فيما يختصون به معصية شرعية من النوع الثاني بطريق غير مباشر. والمشكلة هي في أمرين :

١ - مـن هـو ولي الأمر؟ وقد تطوع المعلق الشيعي بأن وصفه بأنه رئيس الدولة الإسلامية. ونضيف أنه الرئيس أو الإمام أو الحاكم الذي حصل على ولاية الأمر بالشورى الحرة، وتوافرت لديه شروط الولاية التي أفاض فيها الفقهاء أي أن يكون مجتهدا، ويعمل في حدود التفويض الذي يعطيه الدستور

ولذلـك لا نوافـق على إطلاق هذا القول دون تحديد هذه الشروط ولا الإشارة إليها حتى لا نعترف بشرعية الدول التي استولت على السلطة بواسطة القوة والعصبية منذ عهد معاوية، ولا نعطي لها الحق في التشريع ...

٢ - مـا هي اختصاصاته ؟ هي ما يوكل إليه من أمور بحسب شروط البيعة الحرة والتي =

﴿عوده﴾ والديـــة، وليس في الإمكان تحديدها. وقد نصت الشريعة على بعضها وهو مـــا يعـــد جريمة في كل وقت كالربا وخيانة الأمانة والسب والرشوة، وتركت لولي الأمـــر الـــنص عـــلى بعضها الآخر، وهو القسم الأكبر من جرائم التعازير. ولكن الشريعة لم تترك لأولي الأمر الحرية في النص على هذه الجرائم، بل أوجبت أن يكون التحريم بحسب ما تقتضيه حال الجماعة وتنظيمها والدفاع عن صوالحها ونظامها العام وأن لا يكون مخالفا لنصوص الشريعة ومبادئها العامة ...

وقد قصدت الشريعة من إعطاء أولي الأمر حق التشريع في هذه الحدود تمكينهم من تنظيم الجماعة وتوجيهها الوجهات الصحيحة، وتمكينهم من المحافظة على صوالح الجماعة والدفاع عنها ومعالجة الظروف الطارئة ...

والفـــرق بين الجريمة التي نصت عليها الشريعة والعمل الذي يحرمه أولو الأمر أن مـــا نصت عليه الشريعة محرم دائما فلا يصح أن يُعَد فعلا مباحا، أما ما يحرمه أولو الأمر اليوم فيجوز أن يباح غدا إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة ...

= يتضـــمنها ما نسميه اليوم بالدستور الذي تقره الأمة بالشورى الحرة، وكل ما يتجاوز ذلك يخـــرج عن ولايته واختصاصه، لذلك لا ولاية له في الفقه أو التشريع طالما أنه ليس مجتهدا ... لأننا قلنا إن ولي الأمر في الفقه والتشريع هم أهل الاجتهاد لا رؤساء الدول وأمثالهم ... كما أننا نرى أن العفو يدخل في اختصاص أهل الاجتهاد، والقضاة المجتهدين لا رؤساء الدول ...

❁ 51 – نفضل التقسيم الموضوعي على أساس أهمية الحقوق الإنسانية والقيم الاجتماعية :

إن عَدّ العقوبة المقررة لجريمة ما معيار جسامتها وخطورتها يسهل دراسة الجرائم أو تطبيق الأحكام استنادا إلى هذا المعيار التطبيقى أو المدرسى ويسهل مهمة شراح النصوص والقائمين بتنفيذها .

لكن فقه شريعتنا كما قدمنا من قبل له مهمة تتجاوز ذلك. فهو يقوم باستنباط الأحكام لما يستجد من قضايا، ولذلك يتعمق فى فهم النصوص وليستكشف ناحية الخطورة فى الفعل، وأهمية الحق الذى تضرر به ودور هذا الحق فى بناء المجتمع وحياة أفراده؛ لأن هذا هو أساس العقوبة .

وهذا هو مانسميه المعيار الموضوعى فى تقسيم الجرائم لأنه يقوم على نوع الحق الذى وقع الاعتداء عليه .

ومعرفة هذا الحق المعتدى عليه تمكننا من أن نَعدّ النص على حكم فرعي بالعقاب على فعل معين أساسا لنظرية شاملة تتفرع عنها – قياسا – أحكام تعزيرية للأفعال التى تضر بهذا الحق، فيكون هناك مجموعة من الجرائم من أسرة واحدة تنسب إلى الجريمة التى شرع لها الوحى الالهى عقوبة مقررة حدّا أو قصاصا. فيكون حد الزنا والقذف منطلقا للتعزير على أنواع متعددة من العدوان على حرمة الأعراض وحماية لكيان الأسر وحصانتها واستقرارها – ويكون حد السرقة منطلقا للتعزير على أنواع كثيرة من الاعتداءات على حرمة الأموال – وحد الشرب منطلقا للتعزير على كل فعل يضر بإرادة الأفراد وسلامة عقولهم وإدراكهم – وحد الحرابة والبغى والردة (عند من يَعُدّون هذه الجرائم حدية) – مبررا للتعزير على مايسمى فى عصرنا جرائم أمن الدولة الداخلى والخارجى أو الأمن الاجتماعى – وهكذا .

ونحن ندعو للعناية بهذا التقسيم الموضوعى فى مرحلة التنظير التى نحن فيها . إننا نفضل المعيار الموضوعى الذى عبرنا عنه بأن هذه الجرائم قد خصصت لها عقوباتها البدنية الرادعة لكى تحصن "حقوق الإنسان وحرماته وأسس المجتمع وقيمه الثابتة"، وتودع من يعتدى عليها بطريق مباشر – فالعقوبة القصوى (الحد أو القصاص) هى مجرد دليل على خطورة الجريمة ونتيجة لجسامة الفعل المعاقب عليه، وإن السبب الذى فرض خطورتها هو عنصر موضوعى معياره أهمية الحق الفردى أو الكيان الاجتماعى الذى تهدده الجريمة والذى حرص المشرع الإلهى على حرمته وحمايته وقداسته بتقرير عقوبة بدنية على كل فعل يَعُدّه اعتداء مباشرا عليه .

لهـذا السبب فإن هذه الجرائم الخطيرة التى فرض لها مشرعنا عقوبات مقدرة حدّا أو قصاصـا يحسن أن نسميها جنايات بدلا من عَدّ لفظ الجناية مرادفا لكلمة الجريمة، كما اقـترح مـن قبل (فى البند 42). ويكون فقهنا أكثر أصالة من التشريعات الوضعية لأنه يدخل فى اعتباره المعيار الموضوعى وهو أهمية الحقوق والقيم التى تبرر تقرير عقوبة حدية أو قصاص فى تلك الأحوال .

لقد بدأ الفقيه الشهيد بتقسيم الجرائم إلى ثلاثة أنواع بحسب نوع عقوبتها – هى جـرائم الحـدود والقصاص والتعزير(1) – وفى نظره أن هذا هو التقسيم الرئيسى لـلجرائم، وهـذا معـناه أن التعازير قسم من أقسام الجرائم ونوع منها(2) – وأن التعزير خاص بنوع واحد من الجرائم التى لا تستحق عقوبة حدية ولا قصاصا .

نحن نرى خلاف ذلك، ونعتمد على ما قرره فى مواضع عديدة(3) وما جرى عليه الفقه دائما من أن جمهور فقهائنا يرى أن عقوبات الحدود والقصاص يجوز أن تضاف لهـا عقوبـة تعزيرية؛ بل إنهم متفقون على التعزير إذا لم يمكن فرض عقوبة الحد أو القصاص بسبب لا يزيل صفة الجريمة عن الفعل، وإذا كانوا هم يَعُدّون التعزير فى هـذه الحـالات عقوبة بديلة فإننا نصر على أنها أصلية – لأن التعزير شامل لجميع الجرائم وليس خاصّا بنوع معين أو قسم من أقسام الجرائم دون غيره .

* * *

إننا نرى الاحتراز من الخلط بين تقسيم العقوبات إلى أنواع ثلاثة وجعله تقسيما لـلجرائم.... ونعـتقد أن من الواجب مراعاة التفرقة بين أحكام الجرائم وأحكام العقوبـات، ونلاحـظ أن فقيهنا يذكر أحكام عقوبات الحدود والقصاص على أنها أحكـام "جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية" .... ونرى أنه من الأفضل تفادى هـذا الأسلوب الذى يسير عليه فعلا كثير من الفقهاء المعاصرين من شراح القوانين الوضعية – مجاراة للتقسيم الذى اعتمدته نصوص تلك القوانين التى تُعَدّ نوع الجريمة

(1) يراجع البند (74) فيما بعد .

(2) البند 68 .

(3) مثال ذلك ما ورد فى الفقرة الثانية والثالثة فى البند 74 مع ملاحظة تعليقنا عليها..

نتائج عَدّ التعزير عامّا على جميع الجرائم :

وطبيعتها تابعة لنوع العقوبة المقررة لها. متجاهلة العناصر الموضوعية التى تحدد طبيعة الجريمة ونوعها والظروف المشددة التى هى السبب فى فرض عقوبة مشددة عليها. ثم إننا نرى أن التعازير هى الأصل وأن الحدود والقصاص تطبق فقط فى حالة توفر شروط معينة نَعُدّها ظرفا مشددا، أى أنها عقوبات استثنائية بديلة عن التعازير عندما يتوافر الظرف المشدد الذى يستوجب ذلك. ولذلك فإن مهمتنا هى تحديد الظرف المشدد فى كل جريمة لها عقوبة مقررة بنص شرعى .

ونلاحظ أن التقسيمات الأخرى التالية كلها ترجع إلى طبيعة الفعل المكون للجريمة – وأن التقسيم الموضوعى هو وحده الذى يجعل نوع العقوبة تابعا لنوع الجريمة وظروفها المشددة – لا العكس .

<عوده> ٥٢ـ *أهمية التقسيم*: تظهر أهمية تقسيم الجرائم إلى حدود، وقصاص أو دية، وتعازير من عدة وجوه سنبينها فيما يلي :

أولا: من حيث العفو: جرائم الحدود لا يجوز فيها العفو مطلقا، سواء من المجني عليه أو ولي الأمر أي الرئيس الأعلى للدولة، فإذا عفا أحدهما كان عفوه لغوا لا أثر له على الجريمة ولا على العقوبة ...

أما في جرائم القصاص فالعفو جائز من المجني عليه، فإذا عفا ترتب على العفو أثره، فللمجني عليه أن يعفو عن القصاص مقابل الدية، وله أن يعفو عن الدية أيضا، فإذا عفا عن أحدهما أعفى منه الجاني، وليس لرئيس الدولة الأعلى أن يعفو عن العقوبة في جرائم القصاص بصفته هذه؛ لأن العفو عن هذا النوع من الجرائم مقرر للمجني عليه أو وليه، لكن إذا كان المجني عليه قاصرا ولم يكن له أولياء كان الرئيس الأعلى للدولة وليه، إذ القاعدة الشرعية أن السلطان ولي من لا ولي له، وفي هذه الحالة يجوز لرئيس الدولة العفو بصفته ولي المجني عليه، لا بأي صفة أخرى وبشرط ألا يكون العفو مجانا-١١- ...

[الصدر] ... تعليق "رقم -١١-" بل له العفو مجانا إذا كان في ذلك مصلحة للقاصر من ناحية أخرى.

[الشاوي] ... رأينا في "تعليق -١١-" يتفق الإمام الصدر مع فقيهنا في القول بأن "رئيس الدولة" له العفو عن القصاص إذا كان المجني عليه قاصرا ولم يكن له ولي .. إلا أنه يرى أنه يجوز له العفو مجانا إذا كان في ذلك مصلحة للقاصر .. ونحن نخالفهما في إعطاء حق العفو لرئيس الدولة؛ لأن أولياء الأمر في شئون الفقه والقضاء هم أهل الاجتهاد أو مجلس القضاء الأعلى ...

وإذا كانت النظم الديمقراطية المعاصرة تنص في دساتيرها على إعطاء حق العفو لرئيس الدولة، فهذا ليس حكم الشريعة في نظرنا إذا صح هذا القول في فقهنا المبني على المبادئ الإسلامية إلا إذا كان رئيس الدولة ممن توافرت لديهم شروط الإمامة وأولها الاجتهاد، وأن يتولى الأمر بالشورى الحرة وتعطيه البيعة الحرة هذا الحق صراحة نيابة عن الأمة، باعتباره فقيها مجتهدا كما هو الحال في فقهنا في عهد السلف، أما في غير هذه الحالة فلا نقبل هذا القول للسبب الذي ذكرناه ...

وإنصافا للنظم الوضعية المعاصرة في بعض البلاد، يجب أن نشير إلى أن الأصل في النظم البرلمانية أن من يسميه فقيهنا "رئيس الدولة الأعلى" لا يمارس سلطاته في العفو بنفسه وإنما بواسطة المؤسسات التمثيلية التي يختارها الشعب سواء في المجلس النيابي أو مجلس الوزراء أو برأي مجلس القضاء الأعلى، وهنا يكون دوره شكليا بحتا فهو يملك ولا يحكم كما يقولون ...

﴿عوده﴾ وفي جــرائم الــتعازير لــولي الأمر أي رئيس الدولة الأعلى حق العفو عن الجريمة-١٢- وحق العفو عن العقوبة. فإذا عفا كان لعفوه أثره بشرط ألا يمس عفوه حقــوق المجني عليه الشخصية، وليس للمجني عليه أن يعفو في التعازير إلا عما يمس حقوقــه الشخصية المحضة. ولما كانت الجرائم تمس الجماعة فإن عفو المجني عليه عن العقوبــة أو الجريمة لا يكون نافذا وإن أدى في الواقع إلى تخفيف العقوبة على الجاني؛ لأن للقاضــي ســلطة واسعة في جرائم التعازير من حيث تقدير الظروف المخففة، وتخفيف العقوبة ...

ولاشك فى أن عفو المجني عليه يعد ظرفا مخففا ...

ثانيــا : من حيث سلطة القاضي : في جرائم الحدود إذا ثبتت الجريمة وجب على القاضي أن يحكم بعقوبتها المقررة لا ينقص منها شيئا، ولا يزيد عليها شيئا، وليس له أن يســتبدل بالعقوبــة المقــررة عقوبة أخرى، ولا أن يوقف تنفيذ العقوبة. فسلطة القاضي في جرائم الحدود قاصرة على النطق بالعقوبة المقررة للجريمة ...

وفي جــرائم القصاص سلطة القاضي قاصرة على توقيع العقوبة المقررة إذا كانت الجريمة ثابتة قبل الجاني، فإذا كانت العقوبة القصاص وعفا المجني عليه عن القصاص أو تعــذر الحكم به لسبب شرعي وجب على القاضي أن يحكم بالدية ما لم يعف المجني عــليه عــنها، فإذا عفا كان على القاضي أن يحكم بعقوبة تعزير ... وله في التعازير (كما سنبين) سلطة واسعة ...

أما جرائم التعازير، فللقاضي فيها سلطة واسعة في اختيار نوع العقوبة ومقدارها، فلــه أن يخــتار عقوبة شديدة أو خفيفة بحسب ظروف الجريمة والمجرم، وله أن يترل بالعقوبــة إلى أدنى درجاتها، وله أن يرتفع بها إلى حدها الأقصى، وله أن يأمر بتنفيذ العقوبة أو إيقاف تنفيذها ...

ثالــثا : مــن حيث قبول الظروف المخففة : ليس للظروف المخففة أي أثر على

[الصدر] .. تعليق "رقم -١٢-" ويستثنى من ذلك الجرائم التي أمر الشارع بالتعزير عليها كما مر آنفا.

[الشاوى] ... رأيــنا في "تعــليق رقم -١٢-" يختلف الإمام الصدر مع فقيهنا بشأن إطلاق حق "رئيــس الدولة" في العفو عن التعازير فهو يجعل هذا الحق محصورا في التعازير التي لم يرد نص شرعي بتحريمها، ونحن نضيف التحفظ الذي أشرنا إليه آنفا ...

⟨عوده⟩ جـــرائم الحدود والقصاص والدية، فالعقوبة المقررة لازمة مهما كانت ظروف الجـــاني، أمـــا في جرائم التعازير فللظروف المخففة أثرها على نوع العقوبة ومقدارها، فللقاضي أن يختار عقوبة خفيفة، وأن يترل بها إلى أدنى حدودها، وله أن يوقف تنفيذها.

رابعا : من حيث إثبات الجريمة : تشترط الشريعة إثبات جرائم الحدود والقصاص عـــددا معيـــنا من الشهود، إذا لم يكن دليل إلا الشهادة، فجريمة الزنا لا تثبت إلا بشـــهادة أربعـــة شهود-١٣- يشهدون الجريمة وقت وقوعها، وبقية جرائم الحدود والقصاص لا تثبت إلا بشهادة شاهدين على الأقل ...

أما جرائم التعازير فتثبت بشهادة شاهد واحد-١٤- ...

ولا تعـــرف القوانين الوضعية هذا التقسيم، وإنما هى تقسم الجرائم غالبا إلى جنايات وجنح ومخالفات ...

[الصدر] ... تعليق "رقم -١٣-" وكذلك جريمتا "اللواط" و"المساحقة" ...

[الشاوى] ... رأيـــنا في "تعـــليق رقم -١٣-" يشير إلى ما ذكره سالفا من قياس جرائم اللواط والمساحقة و"القيادة" على جريمة الزنا الحدية، " من حيث اشتراط أربعة شهود". وقد اعترضنا على هذا القياس فيما سبق بشأن العقوبة "في تعليقنا على البند السابق رقم ٥١ - " وعلى ذلك فلا محل للقياس فيما يتعلق بالإثبات

[الصدر] ... تعليق "رقم -١٤-" وفي ذلك خلاف بين فقهاء الجعفرية، ومرد الخلاف إلى النقاش في قاعدة أصولية عامة وهى حجية خبر الواحد في المواضيع الخارجية ...

[الشاوى] رأينا فى "تعليق رقم ١٤ " إننا قلنا بأن القاعدة فى التعازير هى أن الأدلة إقناعية؛ لأنـــه لا يوجد نص يلزمنا بدليل قانونى محدود، أى أن القرائن قد تكفى إذا اقتنع بها القاضى ؛ لأن الأدلة القانونية خاصة فقط بالحدود والقصاص .

والقاعدة الأصولية التى يشير لها المعلق الشيعي لا تكفي لإدخال استثناء على ذلك ...

52 – رأينا فى أساس التفرقة بين جرائم الحدود والقصاص والتعازير :

إنـــنا نقر بأهمية التفرقة بين الجرائم الخطيرة (وهى"الكبائر" التى خصتها الشريعة بعقوبات بدنية – الحدود والقصاص) وميزها بذلك عن غيرها من الجرائم التى يكتفى فيها بالتعزير – لذلك ندعو لإبراز العلة الموضوعية التى راعتها شريعتنا عندما خصت هذا النوع من الجرائم الخطيرة بنوع خاص من العقوبات البدنية المقررة بنص شرعى، وهـــو أهميـــة الحـــق الإنسانى أو المبدإ الاجتماعى الذى يتمتع بالحرمة ويهدده هذا الاعتداء المقترن بظرف مشدد .

ورأيـــنا هذا ليس المقصود منه مجرد الإشادة بسبق التشريع الإلهى إلى فرض عناية خاصـــة للعقاب على نوع معين من الاعتداء المباشر على الحرمات والحقوق والقيم الإنسانية، وإنما نضيف لذلك أن هذا الاعتبار الموضوعى يجب مراعاته فيما بعد عند دراسة أحكام تلك الجرائم، ويسوغ دعوتنا إلى ضرورة قيام الفقه بتحديد الظروف المشـــددة الـــتى اســـتوجبت تلك العقوبات وأهمها فى نظرنا عَدّ العلانية والمجاهرة الاســـتفزازية ظرفا مشددا في بعضها، واشتراط عدد معين من الشهود كدليل على تـــلك العلانية الفاضحة أو المجاهرة الاستفزازية التى تؤدى إلى إشاعة الفاحشة أوتثير نـــوازع الثأر لدى الرأى العام والجمهور ولدى المجنى عليه وأولياء دمه ... وهو ما راعـــاه المشـــرع مرة أخرى عندما أعطى لهؤلاء دورا مهما فى تشديد العقوبة على جـــرائم الإيـــذاء البدنى – إذ عدّ طلبهم القصاص فى ذاته والإصرار عليه[1] ظرفا مشددا يوجب عقوبة القصاص وهى الحد الأقصى – كما شرع العفو للمجنى عليه أو أوليـــاء الدم لكى يسقط هذه العقوبة القصوى الاستثنائية ويكتفى بالعقوبة العامة فى التعازير ... التى تسرى على جميع الجرائم ...

(1) اعترض البعض على قولنا إن طلب القصاص والإصرار عليه يكون ظرفا مشددا بحجة أن الظروف المشددة تكون عادة متعلقة بالفعل المكون للجريمة – وليست ظروفا ناتجة عن اعتبارات شخصية مثل الظروف المخففة . وردنا أن الفقه الوضعى هو الذى أعطى للظرف المشدد تحديده المشار إليه، ولانرى أنه يلزمنا. ومع ذلك، فهناك استثناءات فى القوانين الوضعية لهذا التعريف – إن صفة الأصول توجب تشديد العقوبة فى عقوبة هتك العرض مثلا مع أنها عَدّ شخصى، لدى الجانى .

❁ ضرورة بيان الظرف المشدد الذى يستوجب العقوبة المقررة حدا أو قصاصا :

لذلـــك فإننا ندعو فقهاءنا وعلماءنا لكى يتعمقوا فى دراسة كل واحدة من هذه الجـــرائم لـــبيان الاعتـــبارات التى جعلها المشرع ظرفا مشددا يوجب الحكم فيها بعقوبـــات بدنيـــة، وسيجدون أن هذه الدراسة سيكون لها نتائج عديدة فيما يتعلق بأحكام كل من هذه الجرائم.... بل وأحكام العقوبات التى استوجبتها تلك الظروف المشددة .. والتى لامحل لها إذا وجدت شبهة جعلت المشرع يوجب الاكتفاء بالتعزير لأنه الأصل فى نظرنا – ولأنه عام على جميع الجرائم ....

إن ما يسميه "العفو" الجائز فى جرائم الاعتداء على الأشخاص – ليس عفوا عن الجـــريمة ولا عن الجزاء الجنائى – وإنما هو مجرد إسقاط لوجوب الحكم على الجانى بالقصـــاص الـــذى يعُدّه الحد الأقصى، لكن طالما بقى الفعل جريمة، فإنه يبقى جناية جزاؤها هو التعزير .

يؤيد ذلك ما قاله من أن عفو المجنى عليه ليس إلا ظرفا مخففا للعقوبة، والأصح فى نظـــرنا أنـــه يســـتبعد الظرف المشدد الذى أدى بالمشرع إلى فرض العقوبة البدنية القصوى على الجريمة .

وفـــيما يخص توسيع سلطة القاضى فى تقدير الجزاء التعزيرى فإن هذا أمر عام فى نظـــرنا على جميع الجرائم، كل ما هنالك أن التخفيف فى حالة الحدود يكون بسبب وجود الشبهات التى تدرأ الحدود – وفى نطاق القصاص تكون الشبهة هى العفو من المجـــنى عـــليه أو ولى الـــدم، أو ولى الأمر فى بعض الأحوال – وهذا العفو هو أحد الشبهات التى تمنع العقوبة القصوى (القصاص) .

ونحـــن لا نقر قوله بأن ولى الأمر هنا هو من سماه رئيس الدولة الأعلى ... ونرى أن القضاء المجتهد – أو أهل الاجتهاد – أحق بالعفو منه ... فى جرائم القصاص عند عدم وجود المجنى عليه أو ولى الدم ...

وإذا كـــان هذا القول ورد فى بعض كتب السلف، فإن هذه الكتب ذاتها كانت تســـير عـــلى أن ولى الأمر أى الخليفة أو الإمام كان يختار لرئاسة الدولة بشرط أن يكون مجتهدا، وإذا كان قد منح هذا الاختصاص فذلك بصفته هذه – وإذا وجد من توافرت فيه صفة الاجتهاد سواء كان قاضيا أو فقيها فإنه له هذا الحق . وفى عصرنا

❁ نتائج عَدّ التعزير عامًا على جميع الجرائم :

نحن نرى أن الاجتهاد أصبح جماعيًا ويجب أن تتولاه مجموعة أو مؤسسة (من الفقهاء وأهـــل الذكـــر) تختارهم الأمة بالشورى الحرة ونثق فى علمهم وتجردهم عن الهوى والغـــرض - ولايشـــاركهم فى ذلك السلاطين أو الأمراء أو رؤساء الدول الذين لاتـــتوافر لديهم صفة الاجتهاد أو العلم ولا شروطه كما أن كثيرا منهم يتأثر بهواه ومصالحه إلى حد كبير .

إن هدفـــنا مـــن التذكير برأينا فى أن التعزير هو العقوبة العامة فى جميع الجرائم، سوف نبنى عليه بعد ذلك نتائج لا بد أن نشير إليها منذ الآن :

1 - إزالة الشبهة التى جعلت البعض يظن أن فقهاءنا عندما يقررون أن فعلا معينا لا حد فيه، أو أن الحد يسقط أو أن القصاص يمتنع فى حالة معينة - يقصدون بذلك أنـــه "لا عقوبـــة عليه"، لأن امتناع الحد أوالقصاص يترتب عليه فقط الرجوع إلى القواعد العامة التى توجب التعزير أو تجيزه كلما كان الفعل الثابت معصية أو خطرا عـــلى المجـــتمع أو أفراده . أى أن حق المجتمع فى الجزاء الجنائى على الفعل الذى توافرت فيه أركان الجريمة لا يزول فى حالة سقوط الحد أو امتناع القصاص . وهذا الحق الدائم الباقى دائما يدخل الفعل فى نطاق التعزير .

2 - تذكـــير الـــباحث والقارئ دائما بأن عقوبات الحد والقصاص ذات صفة اســـتثنائية أوجب المشرع الحكيم سقوطها بالتوبة فى الحدود أو بعفو المجنى عليه أو مصالحته فى القصاص والدية، أو بمجرد وجود شبهة. وهذا السقوط يقتصر أثره على امتـــناع العقوبة القصوى المشددة (التى توصف بأنها حد أو قصاص)، لكن لا يترتب عـــليه أن يصبح الفعل مباحا لا جزاء عليه لأن الجزاء الأصيل الباقى دائما يدخل فى نطاق التعازير، متى توافرت فيه أركان الجريمة .

3 - أن الاتجـــاه لتضـــييق نطاق العقوبات المقدرة (حدّا أو قصاصا) الذى أكده رســـولنا الكـــريم وســـار عليه الفقه فى مجموعه، إنما هو نتيجة حتمية للطابع الدينى والاجـــتماعى فى تشـــريعنا الـــذى استوجب تشجيع المخطئين على التوبة وإصلاح سلوكهم، وتشجيع المجنى عليه على العفو والتصالح مع من اعتدى عليه، ﴿فمن عفا وأصلح فأجره على الله﴾. وهذا الاتجاه يكون أقوى إذا كان سقوط الحد أو القصاص

بالتوبة أو العفو لا يعفى الجانى من كل جزاء أو إجراء جنائى، وإنما هو يجعل هذا الجزاء فى نطاق التعازير التى هى الأصل والتى يراعى فيها ظروف كل فعل وكل جان وكل زمان ومكان ويدخل فى نطاقها تدابير الوقاية والإصلاح ..

4 – إزالة أى حرج لدى أهل العلم و الفقه أو الاجتهاد والتقنين فى مواصلة مارسه الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم من توسيع باب التوبة والاستغفار إلى حد دعوة المذنب المقر أو المعترف بالجريمة للعدول عن إقراره ... ليتفادى توقيع الحد أو العقوبة المقررة بالنص الشرعى، طالما أنهم يعلمون أن باب التعزير مفتوح فى حالة سقوط الحد بسبب التوبة أو الشبهة أو التصالح مع المجنى عليه ...

وسيرى القارئ أننا سنتجه دائما إلى هذا التوسع فى أسباب سقوط الحد والقصاص وتوسيع نطاق التعازير لتشمل تدابير الوقاية والتربية والعبادة وعَدّها الجزاء الأصيل الدائم العام فى جميع الجرائم بما فى ذلك ما يعاقب عليه بحد أو قصاص عندما تتوافر فيه أركان الجريمة برغم امتناع الظرف المشدد الموجب للعقوبة المقررة .

5 – معنى الصفة الاستثنائية للعقوبات المقررة حدّا أو قصاصا فى نظرنا هو أنها عقوبات قصوى مشددة. استلزمها توافر ظروف مشددة اقترنت بجريمة معينة، وهذه الجريمة إذا تعرت عن هذا الظرف المشدد سقطت عنها العقوبة المشددة المقررة حتما – ولكنها تدخل فى إطار القواعد العامة الأصلية التى تحكم " التعازير" متى توافرت أركان الجريمة ...

لذلك، فإن مهمة الفقيه والمجتهد هى تحديد هذا الظرف المشدد الذى بنى عليه المشرع الالهى وجوب العقوبة المشددة فى كل حالة قرر فيها عقوبة حد أو قصاص أو دية. وفى هذه الأحوال يجب أن نميز بين عنصرين: أولهما الفعل الإجرامى المكون لأركان الجريمة، وثانيهما هو الظرف المشدد الذى هو سبب التشديد، ويترتب على زواله أو الشك فيه امتناع العقوبة المشددة والاقتصار على التعزير ...

6 – وجوب عناية الفقه ببيان أركان الجريمة التعزيرية؛ وعدم استمرار ترك ذلك كله بحجة أن القاضى هو المختص بتحديد الأفعال المعاقب عليها كما كان يفعل أسلافنا لأن القضاة كانوا مجتهدين .... ولم يعودوا كذلك الآن .

لقـــد ســـار أســـلافنا على بيان شروط توقيع الحد أو القصاص، وفى كثير من الأحيـــان يكتفون بالقول بأن عدم اجتماع هذه الشروط كلها يسقط الحد أو يمتنع القصاص، وقد يفهم البعض من ذلك أنه لاجريمة فى الفعل الذى ارتكبه الجانى ـــ وفى بعض الأحيان يشير الفقه إلى "جواز التعزير" ويترك للقاضى الحرية فى فرضه أو عدم فرضـــه دون أن يقدم الشروط التى تستوجب التعزير. وكان هذا مقبولا عندما كان القاضى مجتهدا، أما الآن فإن علينا أن نميز بين نوعين من الشروط :ـ

أولهما مايلزم لوجوب التعزير وهى أركان الجريمة فى نظرنا، والنوع الثانى : هو مايضاف لذلك من شروط تكون الظرف المشدد الموجب للحد أو القصاص، وعند ذلـــك لايكـــون القول بسقوط الحد أو امتناع القصاص معناه براءة الجانى وإباحة الفعـــل. بل يجب البحث عن وجود أركان الجريمة التعزيرية، ومتى ثبت ذلك وجب على القاضى (المقلد) التعزير ....

الفصل الثاني
تقسيم الجرائم بحسب قصد الجاني
الجرائم المقصودة ... والجرائم غير المقصودة

﴿عوده﴾ ٥٣ ـ *تنقسم "الجرائم" بحسب قصد "الجاني" إلى جرائم "مقصودة" وغير "مقصودة" :*

(أ) الجرائم المقصودة : هى التي يتعمد الجاني فيها إتيان الفعل وهو عالم بأنه محرم، وهــذا هو المعنى العام للعمد في الجرائم المقصودة أو الجرائم العمدية. وللعمد معنى خــاص في القــتل، هو تعمد الفعل المحرم وتعمد نتيجته، فإن تعمد الجاني الفعل دون نتــيجة كان الفعل قتلا شبه عمد، وهو ما يسمى في القوانين الوضعية بـــ "الضرب المفضي إلى الموت" ...

(ب) الجــرائم غــير المقصودة : هى التي لا ينتوي فيها الجاني إتيان الفعل المحرم، ولكن يقع الفعل المحرم نتيجة خطإ منه. والخطأ على نوعين [1] :

الــنوع الأول : هــو ما يقصد فيه الجاني الفعل الذي أدى للجريمة، ولا يقصد الجــريمة ولكنه مع ذلك يُخطئ : إما في نفس الفعل كمن يرمي حجرا ليتخلص منه فيصيب أحد المارة، أو يرمي صيدا فيخطئه فيصيب آدميا ...

وإمــا أن يكون الخطأ في ظنه كمن يرمي ما يظنه حيوانا فإذا هو إنسان، أو يرمي مــا يظـنه جنديا من جنود الأعداء فإذا هو أحد المواطنين، ففي هذه الحالات يقصد الجاني الفعل ولا يقصد الجريمة، ولكن خطأه في فعله أو ظنه يؤدي إلى وقوع الجريمة..

النوع الثاني : هو ما لا يقصد فيه الجاني الفعل ولا الجريمة، ولكن يقع الفعل نتيجة لإهماله أو عدم احتياطه، كمن ينقلب وهو نائم على آخر بجواره فيقتله، وكمن يحفر بئرا في طريق ولا يتخذ احتياطاته لمنع سقوط المارة فيه ...

---

(١) نهاية المحتاج الجزء السابع ص/٢٣٥، المغنى الجزء التاسع ص/٣٢٠، والزيلعي الجزء السادس ص/٩٧ بدائع الصنائع الجزء السابع ص/٢٣٤ . راجع أيضا الفقرتين ٢٨٤، ٣٠١ .

﴿عوده﴾ ٥٤ـ *أهميــة هــذا التقسيم* : تظهر أهمية تقسيم الجرائم إلى مقصودة وغير مقصودة من وجهين :

أولهمــا : أن الجــريمة المقصـــودة تدل على روح إجرامية لدى الجاني، أما غير المقصودة فليس فيها ما يدل على ميل الفاعل للإجرام، ومن ثم كانت عقوبة الجريمة المقصودة شديدة وعقوبة الجريمة غير المقصودة خفيفة ...

ثانيهما : يمتنع العقاب على الجريمة المقصودة إذا لم يتوافر ركن العمد-١٥-، أما الجريمة غير المقصودة فيعاقب عليها لمجرد الإهمال أو عدم التثبت ...

وتعــرف القوانــين الوضــعية هذا التقسيم، وهى تتفق مع الشريعة في موضوعه ونتائجه ...

[الصدر] ... تعليق "رقم-١٥-" إذ لا تتحقق جريمة مقصودة بدونه، وليس كما يبدو من العبارة حيث يتراءى منها أن الجريمة المقصودة تتحقق ولا عقاب عليها ...

[الشاوى] ... رأيــنا في "تعليق رقم-١٥-" نوافق المعلق الشيعي في تحفظه على قول فقيهنا (في البند ٥٤) بــأن العقــاب يمتنع فى الجرائم العمدية إذا لم يتوافر ركن العمد؛ لأن الحالة هنا ليست من حالات موانع العقاب، وإنما هى كما قال حالة انعدام وجود الجريمة لعدم توافر أحد أركانها وهو القصد الجنائي ...

تقسيمات أخرى
من 53 إلى 82

53، 54 - التفرقة بين الجريمة العمدية وجرائم الخطإ وشبه العمد :

التفرقة بين الجريمة العمدية وجرائم الخطإ ليست محل خلاف بين الشريعة والقوانين الوضعية - وأهم ما يميز جرائم الخطإ هو أن حدوث ضرر معين هو ركنها المادى - فلا عقوبة جنائية مطلقا على مجرد الخطإ إذا لم يترتب عليه ضرر . ولذلك لا مجال للعقاب الجنائى على مجرد الشروع أو الجريمة الناقصة. أما فى مجال الجزاء الدينى والمساءلة يوم الحساب فإنها تشمل كل الانحرافات دون تقيد بأن يترتب عليها ضرر أم لا .

و شبه العمد يتوسط بين العمد والخطإ. وتعاقب عليه شريعتنا بعقوبة أقل من عقوبة الجريمة العمدية ولكنها أشد من عقوبة جريمة الخطإ؛ وهو خاص بجرائم الاعتداء على الأشخاص إذا قصد الجانى فعلا معينا - كالضرب - لكنه لم يقصد النتيجة التى حدثت بسبب فعله، كما إذا مات المجنى عليه أو أصيب بعاهة وثبت أن الضرب هو الذى أدى إليها؛ وتسمى هذه الجريمة فى القانون الوضعى ضربا أفضى إلى الموت أو أفضى إلى إحداث عاهة .

والتسمية التى تستعملها شريعتنا أدق وأعم، لأن الفعل قد لايكون ضربا (كأن قذفه بحجر أو سقاه مادة ضارة لاتحدث الموت أو العاهة فى العادة). أى أن الأداة التى استعملت فى الاعتداء لاتدل على وجود قصد إحداث النتيجة لدى الجانى أو ثبت انعدام القصد بدليل قاطع .

والتمييز بين الخطإ فى الفعل أو فى القصد أو فى الشخص المجنى عليه - الذى أشار إليه فقيهنا - موجود فى الفقه الوضعى أيضا، لكن فقهاءنا سبقوا إليه .

والخلافات فى الفقه الوضعى حول أثر كل نوع من أنواع الخطإ موجودة كذلك فى فقهنا .

وسوف نبين فيما بعد أن المبدأ الشرعى "رفع عن أمتى الخطأ والنسيان" يؤدى بنا إلى عَدّ التعزير عن جرائم "الخطإ" يدخل فى نطاق تدابير الوقاية والإصلاح والتهذيب، ولالزوم لحسبانه "عقوبة جنائية" .

الفصل الثالث
تقسيم الجرائم بحسب وقت كشفها
جرائم متلبس بها ... وجرائم لا تلبس فيها

〈عوده〉 ٥٥ - *تنقسم الجرائم* بحسب وقت كشفها إلى جرائم متلبس بها وجرائم لا تلبس فيها.

الجريمة المتلبس بها : هى الجريمة التي تكشف وقت ارتكابها، أو عقب ذلك ببرهة يسيرة، وقد عرف قانون "تحقيق الجنايات المصري" التلبس في المادة الثامنة بأنه مشاهدة الجاني متلبسا بالجناية،[1] وهى رؤيته حال ارتكابها أو عقب ارتكابها ببرهة يسيرة، ويعُد أيضا أن الجاني شوهد متلبسا بالجناية إذا تبعه من أوقعت عليه الجناية عقب وقوعها منه بزمن قريب، أو تبعته العامة مع الصياح، أو وجد في ذلك الزمن حاملا آلات أو أسلحة أو أمتعة أو أوراقا أو أشياء أخرى يستدل منها على أنه مرتكب الجناية أو مشارك في فعلها.

والجريمة التي لا تلبس فيها : هى التي لا تكشف وقت ارتكابها أو التي يمضي بين ارتكابها وكشفها زمن غير يسير ...

والمعروف لدى فقهاء الشريعة-١٦- أن التلبس هو كشف الجريمة وقت ارتكابها، ولكن ليس في الشريعة ما يمنع من اعتبار حالة التلبس (المجازى)طبقا لوجهة "القانون

〈الصدر〉 ... تعليق "رقم -١٦-" وإعطاء المفهوم الخاص للقسم الأول، أي لاكتشاف الجريمة وقت التلبس بها. هو الذي يعطي هذا القسم الميزتين اللتين أشار إليهما المؤلف، وهما صحة الشهادة حتى إذا قيل بعدم جوازها إلا على المشاهد، وصحة منع المجرم من إتمام جريمته بالقوة استنادا إلى وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، فإن هاتين الميزتين تترتبان على القسم الأول إذا حصر في النطاق الضيق لمفهوم التلبس. وأما إذا عدَّ اكتشاف الجريمة بعد ارتكابها اكتشافا لها حال التلبس بها، فمن الواضح حينئذ أن مثل هذا التلبس ليس حقيقيا وإنما هو مجازي، ولا تترتب عليه الثمرتان ...

فمن يقول من الفقهاء بعدم جواز الشهادة إلا على المشاهد لا يقول بجواز الشهادة في موارد هذا التلبس المجازي؛ لأنه مجرد من المشاهدة الحقيقية، كما أنه لا مجال لاستعمال حق الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر؛ لأن الجريمة بوجودها المادي قد تمت ولا مجال لمنع المجرم من ارتكابها..

〈الشاوى〉 ... رأينا فى "تعليق رقم ١٦-" التعليق يقول إن الفقه رتب على التلبس نتيجتين هما: =

---

(١) معنى لفظ الجناية هنا يتفق مع معنى الجناية في الشريعة الإسلامية وهو الجريمة ...

(عوده) المصـــري" خصوصـــا وأن المقصـــود من اعتبار هذه الحالة قائمة هو تسهيل الإجراءات لكشف الحقيقة...

٥٦ـ *أهمية هذا التقسيم* : تظهر أهمية هذا التقسيم في الشريعة من وجهين :

أولهما : من حيث الإثبات : إذا كانت الجريمة من جرائم الحدود وكان الدليل عليها هو شهادة الشهود، فيجب أن يكون الشهود قد شهدوا بأنفسهم الحادث وقت وقوعه ورأوا الجاني وهو يرتكب الجريمة. ويجيز الإمام مالك أن يكون الشهود سماعيين [١] ينقلون عمن شهدوا الحادث ولا يجيز هذا باقي الأئمة [٢] -١٧- ...

= صـــحة الشهادة وجواز الدفاع الشرعي، ويرى أن هاتين النتيجتين لا تتوافران إلا في حالة اكتشـــاف الجـــريمة وقت ارتكابها. ونحن نؤيد هذا التحفظ في موضوع الدفاع الشرعي الذي لا محـــل له بعد تمام الجريمة. أما فيما يتعلق بما يسميه صحة الشهادة، فإن أقصى ما يمكن قوله إنها لا تكون شهادة رؤية، بل قرينة يقدرها القاضي... كما أننا نلاحظ أن موضوع التلبس في القوانـــين الوضـــعية ينحصـــر أثره في الإجراءات فقط، فيما يختص بتوسيع سلطات مأموري الضبط القضائي ...

(الصدر) ... تعـــليق "رقـــم -١٧-" أما الفقهاء الجعفريون فقد اتفقت آراؤهم كما في كتاب جواهر الكلام على رفض الشهادة على الشهادة، وعدم قبولها في حدي الزنا واللواط. ومن رأى أكـــثرهم عدم قبولها في جميع الحدود، وهو الرأي الجدير بالقبول نظرا إلى ماروي بسند صحيح عن أمير المؤمنين على (ع) أنه قال : "لا تجوز شهادة على شهادة في حد... "

(الشاوى) ... رأيـــنا في "تعـــليق رقـــم -١٧-" فيما يخص الشهادة السماعية "أو الشهادة على الشـــهادة كما يقولون" فإن التعليق الشيعي يقرر أن فقهاء الجعفرية متفقون على عدم قبولها في الحـــدود عامة، وهذا يتفق مع رأي جمهور السنة (فيما عدا الإمام مالك) كما قال فقيهنا، ويتفق مـــع ما قلناه عن مبدإ وجوب التضييق في تطبيق العقوبات الحدية على ألا يؤثر هذا الاستثناء في أن المبدأ العام هو الأدلة الإقناعية في التعازير في رأينا ...

ونحن نذكر برأينا في أن شهود الرؤية مطلوبون في الحدود فقط لثبوت الظرف المشدد الموجب للعقوبة القصـــوى الحديـــة، أمـــا ماعدا ذلك فيما يخص أركان الجريمة (التعزيرية) وشروطها (فيما عدا الظرف المشدد) فيخضع ثبوتها للقواعد العامة في الأدلة الإقناعية بما فيها الشهادة العادية والسماعية والقرائن ...

إن التضييق في تطبيق الحد لا يمنع التعزير متى ثبتت أركان الجريمة بأدلة يقبلها القاضي ويقتنع بها، ومن بينها الشهادة السمعية والقرائن ..

---

(١) المدونة الجزء السادس عشر ص/٤٥ ...

(٢) بدائع الصناع الجزء السابع ص/٤٩، نهاية المحتاج الجزء الثامن ص/٣٠٧، الإقناع الجزء الرابع ص/٤٠٧.

﴿عوده﴾ ثانيهما : من حيث الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر : إذا شوهد الجاني وهو يرتكب الجناية، كان لأي شخص أن يمنعه بالقوة عن ارتكاب الجريمة وأن يستعمل القوة اللازمة لمنعه سواء كانت الجريمة اعتداء على حقوق الأفراد كالسرقة أو اعتداء على حقوق الجماعة كشرب "الخمر" و "الزنا"، وهذا ما يسمى "بحق الدفاع الشرعي العام ..."

55، 56 – التلبس والعلانية أو المجاهرة الاستفزازية ظرف مشدد في بعض الجرائم:

تعـريف التلبس في القانون الوضعي وماجرى عليه فقهاء القانون هو أن أثر حالة التلبس محدود في نطاق الإجراءات أو الإثبات .

لكننـا نـرى أن شريعتنا ذهبت إلى أبعد من ذلك فهي تجعل التلبس دليلا على العلانيـة الاستفزازية الفاضحة، ولذلك جعلته ظرفا مشددا في جرائم العرض (الزنا والقـذف...). ويوجب المشرع تطبيق عقوبة الحد في حالة توافر أربعة شهود عاينوا الزنا العلني وشاهدوه مشاهدة فعلية وشهدوا على التجاهر به .

جـرى كثيرون على عَدّ الشهود الأربعة في جريمة الزنا أو القذف دليلا قانونيا على وقوع تلك الجريمة، ونحن نرى أن وجود هؤلاء الشهود دليل على توافر الجهر بالفاحشـة والعلانيـة الفاضحة المثيرة وهي ظرف مشدد في الجريمة المتعلقة بالعرض يستوجب تطبيق العقوبة الحدية .

إن الشـهود الأربعة في جريمة الزنا ليسوا في نظرنا مجرد دليل لإثبات الفعل ، بل المقصود من ذلك هو ثبوت تحول الفعل إلى ما نعُدّه الحالة العلنية الفاضحة . فالعلنية والجهـر بالفاحشـة في العلاقـات الجنسية المحرمة بالصورة التي تجعل أربعة شهود يشهدون الفعل المكون للجريمة وقت حدوثه بالعلانية الفاضحة (التي أفاض الفقه في تفصـيلها وفي وصفها) هي في نظرنا ظرف مشدد استوجب تغليظ العقوبة وجعلها حدية .... لأنه يؤدي إلى إشاعة الفاحشة في المجتمع .

ليسـت المسـألة مسألة إثبات ولا تلبس فقط، في هذا النوع من الجرائم المتعلقة بالعلاقات الجنسية المحرمة؛ بل هي مسألة علانية فاضحة ومجاهرة استفزازية تهدد نقاء المجـتمع وقـيمه وأخلاقياتـه ... حتى لو حدث ذلك من زوجين – وعلاقتهما غير محـرمة – لكنهما زاولا هذا الفعل المشروع لهما أمام أربعة شهود، فإن هذا استفزاز قـد يسوّغ في نظرنا مؤاخذتهما على ارتكاب جريمة فعل فاضح علني ... أما إذا لم يكونـا زوجين وكانت العلاقة الجنسية بينهما محرمة ؛فإن هذه العلانية توجب توقيع الحد الأقصى للعقوبة الحدية على هذه الفاحشة، لأن المجاهرة بهذه العلاقة الجنسية في ذاته محرم وسترها واجب سواء كانت مشروعة أو غير مشروعة .

❁ جريمة الزنا الحدية تستلزم ثبوت العلانية والمجاهرة بالفاحشة والتلبس بشهادة أربعة شهود رؤية :

ينتج عن ذلك أنه إذا لم يتوافر أربعة شهود ، وشهد اثنان أو ثلاثة أو واحد فقط على هذه المعاشرة المحرمة ، فإن الفعل يمكن أن يُعَدّ جريمة يعاقب عليها بالتعزير فى نظرنا .... إذا قرر أهل الاجتهاد ذلك فى تقنين شرعى .

إن حرص المشرع الإلهى على حماية المجتمع من كل مجاهرة بهذه العلاقة الجنسية، يوجب ردعها بمعاقبة الشاهد أو الشهود الذين يقل عددهم عن النصاب المقرر؛ لأن إشاعة الفاحشة فى المجتمع تقع من الشاهد الذى يشهد بوقوع مثل هذا الفعل ويعلنه أمام القضاء دون أن يوجد معه شهود آخرون يتحقق بهم النصاب المقرر شرعا، وذلك لتحذير الشهود من التسرع فى الشهادة على الفاحشة إلا إذا كانت العلانية فاضحة وشهدها أربعة شهود على الأقل . لأن هذه الشهادة – التى هى فى الأصل واجب شرعى – تصبح جريمة قذف معاقبا عليها فى نظر جمهور كبير من الفقهاء. ومعنى ذلك أن الأصل هو ستر هذه الفواحش وعدم إشاعتها سواء ممن ارتكبوها أو ممن شاهدوها .

وفى نظرنا أن معاقبة مثل هذا الشاهد بعقوبة القذف – إذا أخذنا بهذا الرأى – قد لاتمنع من فرض التعزير على مرتكب الفعل الذى شهد به . كل ما هنالك أن الفعل لايوصف بأنه زنا ولايستوجب الحد ، ولكن يكون فعلا فاضحا أو فاحشة تثبت بالقرائن، وتكون العقوبة تعزيرية يقدرها أهل الاجتهاد. وبذلك لايوجد – فى نظرنا – تعارض بين تحريم الفعل وتحريم إشاعة الفاحشة التى تثبت بالشهادة من واحد أو اثنين أو ثلاثة فقط؛ ويكون الفعل قد استحق التعزير ولو أنه لم يصل لحد "الزنا" الذى يقصد به ثبوت علاقة جنسية علنية مقرونة بالظرف المشدد (حدوثه أمام شهود رؤية أربعة على الأقل يتوافر فيهم شروط معينة كالعدالة .... إلخ) أو اعتراف قضائى متكرر .

يؤكد ذلك ما روى عن الرسول – صلى الله عليه وسلم – عندما عاتب من شهد برؤيته لهذه الجريمة قائلا "هلا سترته بثوبك ....". ومقتضى ذلك أن الأفضل عدم أداء الشهادة بجريمة الزنا عند عدم توافر شروط العلانية التى تشيع الفاحشة فى المجتمع وعدم ثبوتها بأربعة شهود، بدليل أن الشاهد يعاقب على جريمة القذف إذا ادعى بوقوع فعل المعاشرة المحرمة ولم يحضر الشهود الأربعة .

ونحن نرى قصر وصف الجريمة بأنها "زنا" على الحالة التى يثبت فيها وقوع معاشرة جنسية وشهد بها أربعة شهود رؤية أو اعتراف علنى قضائى متكرر يثبت به ظرف العلانية المشددة للعقوبة التى تستوجب توقيع الحد الذى فرضه الشارع، مراعاة لمقصد الشريعة فى ردع هذا النوع من المعاشرة الجنسية العلنية المثيرة لجمهور الناس . ونقترح أن توصف الجريمة فى غير هذه الحالة والمعاقب عليها تعزيرا بوصف أخف يميزها عن وصف الزنا . وأرجو من فقهائنا أن يتفقوا على تسمية خاصة لتلك الجريمة .. وأقترح أن نسميها "فاحشة" أو فعلا فاضحا مخلاً بالحياء على الأقل لايصل إلى حد وقوع المعاشرة الجنسية .

الفصل الرابع
المبحث الأول
جرائم إيجابية ... وجرائم سلبية

(عوده) ٥٧ـ *تنقسم الجرائم إلى إيجابية وسلبية* بحسب ما إذ كان الفعل قد ارتكب بطريق الإيجاب أو السلب، أو بحسب ما إذا كان الفعل مأمورا به أو منهيّا عنه ...

والجريمة الإيجابية : تتكون من إتيان فعل منهي عنه كالسرقة والزنا والضرب ...

والجريمة السلبية : تتكون من الامتناع عن إتيان فعل مأمور به، كامتناع الشاهد عن أداء الشهادة والامتناع عن إخراج الزكاة ...

وأكثر الجرائم الإيجابية، وأقلها الجرائم السلبية ...

٥٨ـ *الجريمة الايجابية تقع بطريق السلب* : ومن المتفق عليه بين الفقهاء أن الجريمة الإيجابية قد تقع بطريق السلب، فإذا وقعت على هذا الوجه استحق فاعلها العقوبة. فمن حبس إنسانا ومنعه الطعام أو الشراب أو الدفء في الليالي الباردة حتى مات جوعا أو عطشا أو بردا فهو قاتل له عمدا إن قصد بالمنع قتله-١٨-، وذلك

(الصدر) ... تعليق "رقم -١٨-" يجب أن نقول قبل تناول المسألة كلمة عامة عن القتل العمد ومفهومه في الفقه الجعفري وشرائطه في آراء الفقهاء الجعفريين ...

فالقتل قد يتحقق بأداة قاتلة بطبيعتها كإطلاق رصاص على المواضع الخطرة من جسم الإنسان، وقد ينتج عن آلة ليست قاتلة غالبا وإن كانت تقتل في بعض الأحايين كالسوط والعصا. كما أن القاتل قد يكون متعمدا القتل قاصدا له، وقد لا يكون قاصدا له ولا مستهدفا بعمله قتل الآخر. فإذا كانت الأداة قاتلة وقصد القاتل القتل، فالقتل عمدي بإجماع الفقهاء، وأما إذا وجدت إحدى الصفتين فقط كما إذا كانت الآلة قاتلة ولم يقصد القاتل القتل بها إن كان على علم بطبيعتها الخاصة. أو كانت نية المعتدي القتل ولم تكن الآلة قتالة في الغالب، فالقتل عمدي على أشهر الأقوال بين الجعفريين. وينتج عن ذلك أن المميز الأساسي لقتل العمد هو وجود إحدى الصفتين، إما أن تكون الآلة قاتلة بطبيعتها والقاتل على علم بذلك، وإما أن القاتل "لم يكن " مستهدفا للقتل، من كلا هذين العنصرين بأن لم يكن من نية القاتل القتل أو لم تكن الآلة التي استعملها قاتلة فليس القتل عمدا ...

والدليل على تحقق صفة العمد في نظر الشارع بالحدود التي ذكرناها قوله ﷻ:﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه﴾ فإن الاعتداء بالقتل يصدق عرفا على من قصد القتل فقتل أو استعمل آلة=

عوده ما يراه مالك(١) والشافعي(٢) وأحمد(٣). أما أبو حنيفة(٤) فلا يرى الفعل قتلا؛ لأن الهلاك حصل بالجوع والعطش والبرد، ولم يحصل بالحبس، ولا صنع لأحد في الجوع والعطش والبرد. ولكن أبا يوسف ومحمدا يريان الفعل قتلا عمدا لأنه لا بقاء لآدمي إلا بالأكل والشرب والدفء ... فالمنع عند استيلاء الجوع والعطش والبرد على الممنوع يكون إهلاكا له ... والأم التي تمنع ولدها الرضاع قاصدة قتله تُعَدّ قاتلة عمدا-١٩-، ولو أنها لم تأت بعمل إيجابي(٥) ...

= حادة قاتلة عالما بذلك فقتل بها. كما أن الأخبار عن أئمة أهل البيت (ع) تؤكد ذلك أيضا ... ويمكننا أن نذهب إلى أكثر من ذلك فنعد القتل عمدا إذا استعمل القاتل آلة قاتلة بطبيعتها، حتى إذا لم يعلم بطبيعتها الخاصة هذه؛ لأنه اعتداء بالقتل فيندرج في مدلول الآية الكريمة .

وعلى هذا فإذا سجن الظالم شخصا وحرمه من الطعام حتى مات، فإن كان الحرمان قد استمر مدة طويلة بحيث يعتبر قاتلا بطبيعته فالقتل عمدي، كما إذا استعمل القاتل الرصاص أو أي وسيلة قاتلة في جريمته، وأما إذا لم يكن الحرمان بدرجة قاتلة غالبا وإنما قتل السجين لظروف خاصة فالقتل عمدي أيضا بشرط أن يقصد الساجن قتل السجين بحرمانه من الطعام، فإذا لم يقصد ذلك لم يكن قتله عمدا؛ لأن القتل العمدي يجب أن توجب فيه نية القتل أو الآلة القاتلة بطبيعتها ...

الصدر ... تعليق "رقم -١٩-" في ضوء ما تقدم يتضح أن حسبانها قاتلة عمدا يتوقف على أحد أمرين : إما أن يكون منع الرضيع وحرمانه من الرضاع مستمرا بالشكل الذي يصبح من طبيعته أن يؤدي إلى قتل الرضيع، وإما أن تقصد المرأة بالمنع قتل الطفل، فإذا قصدت ذلك كانت قاتلة عمدا سواء قتلته بحرمانه من الرضاع زمانا طويلا أو قصيرا. وعلى هذا الأساس يفهم حكم الفقه الجعفري من المسألتين التاليتين (حرمان المسافر من الماء) و (امتناع القابلات من قطع الحبل) ... =

---

(١) الشرح الكبير للدردير الجزء الرابع ص/٢١٥ ...

(٢) نهاية المحتاج الجزء السابع ص/٢٣٩ ...

(٣) المغنى الجزء التاسع ص/٣٢٧ ..

(٤) بدائع الصنائع الجزء السابع ص/٢٣٤، والبحر الرائق الجزء الثامن ص/٢٩٥ ...

(٥) الشرح الكبير للدردير الجزء الرابع ص/٢١٥ ...

﴿عوده﴾ ومن منع فضل مائه مسافرا عالما بأنه لا يحل له منعه، وأنه يموت إن لم يسقه عُدَّ قاتلا له عمدا، وإن لم يكن قتله بيده، وهو رأي في مذهب مالك(١)، ويرى بعض فقهاء مذهب أحمد أنه قتل شبه عمد(٢) ...

وإذا حضر نساء ولادة فقطعت إحداهن الحبل السري ولم تربطه بعد قطعه متعمدة الامتناع عن ربطه فمات الوليد بسبب ذلك، فهي قاتلة له، ومن الممكن حُسبان بقية الحاضرات قاتلات إذا لم يرون أيضا ربط الحبل السري؛ لأن القطع غير مهلك في ذاته وإنما المهلك ترك الربط، ولما كن جميعا قد تعمدن ترك الربط فالهلاك ينسب إليهن جميعا(٣).

٥٩ـ *متى يُعَدّ الممتنع مسئولا؟* والظاهر من تتبع أمثلة الفقهاء أن الممتنع لا يُعَدّ مسئولا عن كل جريمة ترتبت على امتناعه، وإنما يسأل فقط حيث يجب عليه شرعا أو عرفا ألا يمتنع. وإذا كان هذا هو القاعدة فهناك اختلاف على ما يوجبه الشرع والعرف. ومن الطبيعي أن يكون هذا الخلاف مادامت وجهات النظر مختلفة. فمثلا : يرى بعض الحنابلة أن من أمكنه إنجاء آدمي من هلكة كماء أو نار أو سبع فلم يفعل حتى هلك فلا مسئولية عليه،(٤) ويرى بعض الحنابلة أنه مسئول.(٥) وأساس هذا الخلاف هو: هل

= [الشاوي] ... رأينا في "تعليقي رقمي -١٨- و-١٩-" يشير السيد الصدر إلى أن الفقه الجعفري يشترط لتوافر ركن العمد في القتل إحدى الصفتين، إما ثبوت قصد القتل ، وإما استعمال آلة قاتلة؛ إذ يرون أن هذا يستفاد منه حتما توافر نية القتل ...

ونحن نؤيد قول فقيهنا في ضرورة ثبوت قصد القتل دائما (في حالة الامتناع أو العمل الإيجابي) لأنه إذا وجدت أدلة على عدم توافر نية القتل (رغم استعمال آلة قاتلة بطبيعتها) فإن الفعل لا يجوز اعتباره قتلا عمدا (سواء كان بفعل إيجابي أو سلبي) ...

وعليه لا يجوز في نظرنا عَدُّ استعمال آلة قاتلة بطبيعتها دليلا قاطعا على العمد لا يجوز إثبات عكسه، بل الأصح أنه يمكن ويجوز إثبات العكس، وقد كرر المعلق الشيعي رأيه في تعليقه على البند-٦١- ...

---

(١) مواهب الخليل للحطاب الجزء السادس ص ٢٤٠ ...
(٢) المغنى الجزء التاسع ص ٥٨١
(٣) الفتاوي الكبرى لابن حجر الجزء الرابع ص ٢٢١/٢٢٠ ...
(٤) الإقناع الجزء الرابع ص/ ٢٠٥ ...
(٥) المغنى الجزء التاسع ص/ ٥٨١ ...

⟨عوده⟩ الإنجــاء واجب أم غير واجب؟-٢٠- ومن هذا القبيل المثل الذي ضربناه عن منع الماء ...

الصدر ... تعليق "رقم -٢٠-" لاشك لدى فقهاء الجعفرية في وجوب إنجاء كل إنسان معصوم الدم .

الشاوى ... رأينا في "تعليق رقم -٢٠-" المعلق الشيعي تعجل في الإشارة إلى التفرقة بين الشخص معصوم الدم والمهدر، ولنا رأينا في هذا الموضوع "يخالف رأيه"، نرجو مراجعته في تعليقاتنا على البند (٣٧٣) وما بعده...

ونحــن نعارض تماما القول بأن شريعتنا لا تعترف بحق الإنسان في حرمة حياته وكرامته بحجة أنــه مهــدر؛ لأن الحقــوق الإنسانية يستوي فيها البشر جميعا، ولأن الإهدار لا يكون إلا بحكم قضائي

۞ 57 ـ 59 ـ العقاب علي ارتكاب جرائم العمد بمجرد الامتناع :

بعــض الأفعال السلبية تُعَدّ جريمة يعاقب عليها دون نظر إلى النتيجة التى تؤدى إليهـــا، فهذه جرائم فعلها المادى هو مجرد الامتناع أى الموقف السلبى بعدم القيام بما يوجبه الشارع: مثال ذلك الامتناع عن أداء واجب الشهادة أو أداء الزكاة .

لكـــن المشكلة الكبرى التى تعرض لها فقيهنا هى معرفة ماإذا كان الامتناع مكونا لجريمة عمدية فى بعض الجرائم الخطيرة كالقتل مثلا متى ثبت وجود القصد الجنائى .

إنـــنا نقدر الجهد الذى بذله لاستقصاء حالات العقاب على الامتناع الذى يقصد به إحداث نتيجة إجرامية معاقب عليها فى الجرائم العمدية الواردة فىكتب الفقه، فى البـــنود 58و59، وهذا يشهد له ولفقهائنا الذين استشهد بهم على توافر هذا المبدإ فى الفقـــه وأنهم لم يقصروا فى استنباط الحكم الشرعى بتطبيق عقوبة الجريمة العمدية فى حالات الامتناع، أو ما يسمونه العمل السلبى .

لقد أشار إلى الخلافات الموجودة بين فقهائنا فى هذا المجال بتفصيل ملحوظ، وأثبت أن لهـــا نظيرا فى الفقه الوضعى بل وفى القضاء، ولذلك فإن شريعتنا كانت فى منتهى الحكمـــة عـــندما وسعت للقضاء فى سلطته التقديرية وخاصة فى نطاق التعازير ... وأكـــدت بذلك سبقها للقوانين الوضعية "الحديثة". وهذا دليل آخر على ما حرص عـــلى تأكيده مرارا من سمو مبادئ شريعتنا ومرونتها التى تجعلها صالحة للتطبيق رغم تغير الظروف زمانا ومكانا.

والحالة الأولى الواضحة التى كانت محل اتفاق بين الفقهاء هى حالة من امتنع عن واجب فرضته عليه الشريعة : مثل الأم التى تمتنع عن إرضاع طفلها بقصد قتله، أو المولـــدة الـــتى تمتنع عن ربط الحبل السرى. ولابد أن يثبت أن الجانى قد قصد فعلا إحـــداث النتـــيجة (الوفاة مثلا) . أما إذا قصد الفعل ولم يقصد الوفاة فإن فقهاءنا يَعُدّون الجريمة من صور شبه العمد .

والخلافـــات فى الفقه أكثر إذا كان الواجب الذى امتنع الجانى عن أدائه لايفرضه القانون بل يفرضه العقد أو العرف .

فـــإن كان هناك عقد يلزم الشخص بعمل ولكنه امتنع عن القيام به بقصد إحداث النتيجة المعاقب عليها، كالمرضعة المأجورة إذا تعمدت الامتناع عن إرضاع طفل بقصد قتله؛ فلاشك فى معاقبتها على جريمة عمدية لأن مايوجبه العقد يفرضه الشرع بناء على النص القرآنى ﴿يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾. أما العرف ففيه أقوال كثيرة .

﴿عوده﴾ ٦٠ ـ *الشريعة والقوانين الوضعية* : واتجاه فقهاء الشريعة في القتل بالترك هو نفس الاتجاه الذي سار عليه أغلب شراح القوانين الوضعية ابتداء من القرن التاسع عشر، أما قبل ذلك فقد كانت غالبية الشراح ترى أنه لا يمكن إحداث الجريمة بالترك؛ لأن الترك عدم ولا ينشأ عن العدم وجود. وكانت أقلية الشراح ترى أن الترك يصلح سببا للجريمة كالفعل تماما لأن كليهما يرجع إلى إرادة الإنسان. وقد انتهت الغالبية إلى التسليم بأن الترك يصلح سببا للجريمة، ولكنهم لم يأخذوا بهذا المبدإ على إطلاقه، وقيدوه بأن يكون الشخص مكلفا في الأصل بالعمل، وأن يكون الامتناع أو الترك مخالفة لهذا التكليف، ويستوي عندهم أن يكون مصدر التكليف بالعمل القانون أو الاتفاق.

ومن الأمثلة التي يضربها شراح القوانين على القتل بالترك: حبس شخص دون حق ومنع الطعام عنه بقصد قتله،-٢١- وامتناع الأم عمدا عن إرضاع ولدها بقصد قتله. ويضربون مثلا على الحالة التي لا مسئولية فيها: الامتناع عن إنقاذ مشرف على الغرق، أو إنسان أحاطت به النار، أو أقدم على افتراسه سبع. والأمثلة في الحالين تكاد تكون نفس الأمثلة التي يضربها فقهاء الشريعة الإسلامية...

(الصدر) ... تعليق "رقم -٢١-" ومنع الطعام عنه بقصد قتله أو مدة يُعَدّ حرمان الشخص من الطعام فيها قاتلا بحسب العادة، فقد مر بنا أن القتل العمدي في الفقه الجعفري يستمد صفته الخاصة من أحد أمرين: إما توافر عنصر القصد إلى القتل فيه، وإما كون السبب قاتلا عادة. وبذلك يعرف حكم الفقه الجعفري في مسألة الإرضاع التي أشار إليه المؤلف ...

(الشاوى) ... رأينا في "تعليق رقم -٢١-" سبق أن قلنا إن رأينا هو أن الجريمة تُعَدّ عمدية عندما يتوافر يقين لدى القاضي بوجود القصد الجنائي. أما الآلة القاتلة أو المدة الطويلة في الحرمان من الطعام، فهي ليست إلا أدلة فقط على توافر القصد ...

عوده ٦١ـ *الفرق بين الشريعة والقانون* : ويلاحظ أن اشتراط شراح القوانين أن يكون العمل واجبا بمقتضى القانون أو الاتفاق يساوي تماما ما يشترطه فقهاء الشريعة من أن يكون العمل واجبا بمقتضى الشريعة؛ لأن الشريعة توجب الوفاء بالعقود والاتفاقات طبقا لقوله ﷺ : ﴿يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾-٢٢- [المائدة:١].

فمن كان عليه واجب طبقا لاتفاق فهو واجب أيضا طبقا للشريعة مادام لا يخرج على نصوصها أو روحها، فالشريعة والقانون يتفقان تماما في هذه النقطة ...

ولكن الشريعة تخالف القوانين الوضعية في أنها تجعل الجاني مسئولا عن الترك والامتناع إذا كان العرف يوجب على الشخص أن يعمل ولا يمتنع، ولاشك فى أن الشريعة منطقية في هذا التوسع؛ لأن الشرائع والقوانين جميعا بل واتفاقات الأفراد تفترض أن ما يفرضه العرف يجب اتباعه، ولا معنى لأن ينص في الاتفاقات على واجبات مقررة بمقتضى العرف ومتعارف عليها من الجميع. فإذا سئل الشخص عن واجب يفرضه اتفاق، فأولى به أن يسأل عن واجب يفرضه العرف-٢٣- ويعترف به الناس دون حاجة لاتفاق أو إثبات ...

وتمتاز الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية بأنها عرفت هذه النظرية من القرن السابع، بينما لم تبدأ القوانين الوضعية بمعرفتها إلا في القرن التاسع عشر، فكأن القوانين لم تجئ إلا بما سبقتها إليه الشريعة...

الصدر ... تعليق "رقم -٢٢-" ذهب الفقهاء الجعفريون مذهبين في تفسير هذه الآية الكريمة: أحدهما أن الوفاء بالعقود يعني تنفيذها عمليّا والسير وفقا لها، فالأمر بها يكون عبارة عن الحكم بوجوب العمل الذي تم عليه العقد والاتفاق، وعلى هذا تدل الآية بنصها على الوجوب. والمذهب الآخر يتجه إلى تفسير الوفاء بإتمام العقد، فالوفاء بالعقد معناه الاستمرار عليه وعدم نقضه وفسخه، وفي ضوء هذا يكون الأمر بالوفاء بمعنى التنبيه على أن العقد إذا تم بين شخصين فلا يمكن لأحدهما الانسحاب عنه، وهذا هو الذي يعبر عنه في العرف الفقهي بأن العقد لازم لا ينفك عن المتعاقدين. فالآية تدل بنصها على اللزوم، وحيث إن العقد لا يصبح لازما إلا إذا كان صحيحا، وكان العمل به واجبا، فالوجوب يفهم من الآية الكريمة بصورة غير مباشرة ...

الشاوى ... رأينا في "تعليق رقم -٢٢-" الالتزام بالعقد يعني الأمرين معا في نظرنا، وهما: الالتزام بتنفيذ ما تم الاتفاق عليه، وكذلك بعدم نقض العقد ولا فسخه ...

الصدر ... تعليق "رقم -٢٣-" فإن الاتفاقات العرفية العامة تُعَدُّ اتفاقات مدرجة في العقد وإن لم يصرح بها لدلالة الحال العام عليها، وإنما تسقط قيمتها فيما إذا أقام المتعاقدان دليلا على التجرد عنها وإخراجها من حسابها في التعاقد ...

الشاوى .. رأينا في "تعليق رقم -٢٣-" هذا التعليق خاص فقط بحالة وجود عقد، فالعرف يُعَدُّ مكملا له ..

فقيهنا أكد أن القوانين الوضعية تسير على ماسبقها إليه فقهنا من أن الامتناع عن عمـل يوجبه القانون أو الاتفاق (العقد) على الشخص ليعاقب عليه مادام قد قصد بامتناعه إحداث النتيجة التى يعاقب القانون على تعمد ارتكابها. وعلى ذلك فإنه يسأل عن جريمة عمدية ارتكبها بالامتناع . وأضاف فقيهنا أنه إذا كان العرف هو الذى يوجب الفعل فإنه يسأل أيضا عن جريمة عمدية بالامتناع فى فقهنا، لأن هناك مبدأ شرعيا عاما يقضى بأن "المعروف عرفا كالمشروط شرطا" فى العقد . فمتى قلنا إن الامتناع عن القيام بواجب مستمد من العقد بقصد إحداث النتيجة المعاقب عليها، فإنه يعاقب عليه بحسبانه جريمة عمدية (إذا كان قد قُصد به فعلا إحداث النتيجة المعاقب عليها) فإننا يجب أن نعاقب من يمتنع عن واجب فرضه العرف متى كان امتناعه مقصودا به النتيجة المعاقب عليها . ويشير فقيهنا إلى أن القوانين الوضعية لم تصل إلى هذا المبدإ .

ولاشك فى أن هناك آراء أخرى فى هذا الموضوع سواء فى فقهنا أو الفقه العصرى والوضعى.

* * *

لكن فقيهنا لم يبد رأيه فى نوع العقوبة التى يستحقها الجانى فى هذه الحالات: هل تكون قصاصا أو حدّا مثل عقوبة من ارتكب الفعل بعمل إيجابى، أم أنها تكون تعزيرا ؟

ونحن نفضل التعزير فى هذه الحالة حتى نترك لأهل الاجتهاد فرصة لتنويع العقوبات بحسب خطورة الفعل السلبى الذى أدى إلى النتيجة التى أرادها الجانى بامتناعه .

المبحث الثاني
في تقسيم الجرائم بحسب كيفية ارتكابها
جرائم بسيطة ... وجرائم اعتياد

‹عوده› ٦٢ ـ تنقسم الجرائم في الشريعة بحسب كيفية ارتكاب الجاني لها إلى جرائم بسيطة وجرائم اعتياد.

الجريمة البسيطة : هي التي تتكون من فعل واحد كالسرقة والشرب، ويستوي أن تكون الجريمة مؤقتة أو مستمرة ...

وجرائم الحدود والقصاص أو الدية كلها جرائم بسيطة ...

وجريمة الاعتياد:-٢٤- هي التي تتكون من تكرر وقوع الفعل، أي أن الفعل بذاته لا يعد جريمة، ولكن الاعتياد على ارتكابه هو الجريمة ...

وجرائم الاعتياد توجد بين جرائم التعازير، ويستدل عليها من النص المحرم للفعل، فإن كان يشترط للعقاب اعتياد الفعل فالجريمة جريمة عادة، وإن كان يكتفي بمجرد وقوع الفعل فالجريمة بسيطة ...

والأصل أن التعزير يكون على فعل المحرمات وترك الواجبات، وهذا متفق عليه، إلا أنهم اختلفوا في التعزير على فعل المكروه وترك المندوب، [1] فرأى-٢٥- البعض

(الصدر) ... تعليق "رقم -٢٤-" مثالها في الفقه الجعفري جريمة الإصرار على الصغائر، فإن الإصرار عليها معصية كبيرة، وكل كبيرة فيها التعزير، وكذلك أيضا الاعتياد على جرائم معينة كجريمة قتل أهل الذمة، فإن الاعتياد عليها يُعَدّ جريمة أخرى لها عقاب خاص كما سنشرحه في الموضع المناسب إن شاء الله ﷻ ...

(الشاوي) ... رأينا في "تعليق -٢٤-" يشير التعليق الشيعي إلى أن صغائر الأمور لا عقاب عليها، لكن الفقه الجعفري يرى أن الإصرار عليها (أي الاعتياد عليها) يعاقب عليه بحسبانه أحد الكبائر.

وما قاله عن أن الاعتياد على قتل الذمي يكون جريمة أخرى (إلى جانب جريمة القتل)، أي أنه ينم عن تعصب عدواني لا تقره الشريعة وله عقوبة خاصة إلى جانب عقوبة القتل، فسوف نعود لمناقشة ذلك في الموضع المناسب في القسم الخاص ..

(الصدر) ... تعليق "رقم -٢٥-" الاستحباب والكراهة يمتازان على الوجوب والحرمة بإذن =

(١) المكروه هو ما طلب من المكلف الكف عنه طلبا غير حتم، والمندوب هو ما طلب فعله من المكلف طلبا غير حتم ...

عوده ألا عقاب على فعل مكروه أو ترك مندوب إطلاقا [1] ورأى البعض العقاب على فعل المكروه وترك المندوب[2] كلما دعت إلى ذلك المصلحة [3] ...

والذين يرون العقاب على ترك المندوب وإتيان المكروه يشترطون أن يتكرر الترك أو الإتيـــان، فـــإذا لم يتكرر فلا عقاب. وإذن فهم لا يجعلون العقاب على الفعل أو الترك في ذاته وإنما يجعلون العقاب على التكرار الذي يدل على أن الجاني جعل الفعل أو الترك عادة وإلفا له ويعتبرون أن العادة قد تكونت إذا حصل الفعل أو الترك مرة ثانيـــة، أي أن العادة عندهم تتكون من مرتين[4] وعلى هذا فكل مكروه أو مندوب

= الشـــارع في تـــرك المستحب وفعل المكروه، وما يأذن الشارع به لا يمكن أن يعاقب عليه، وإنما يمكـــن العقاب على شيء لم ترد فيه رخصة كترك الواجب والإتيان بالمحرم، وعلى هذا الأساس فالمداومـــة عـــلى ترك المستحب والإتيان بالمكروه لا يمكن أن يعاقب عليه الشارع؛ لأنها مداومة على شيء مأذون فيه، فمن المستحيل أن تكون سببا للعقاب بصفتها مداومة على ترك المستحب أو الإتيـــان بالمكروه وإنما يعاقب عليها أحيانا إذا كانت المداومة على ذلك محرمة بدليل خاص، كمـــا قـــد يفهم ذلك من بعض الأحاديث المروية عن أهل البيت (ع) الدالة على معاقبة التارك لجماعة المسلمين ...

الشاوى ... رأينا في "تعليق رقم -٢٥-" فيما يخص الاعتياد على فعل المكروه أو ترك المستحب فإن السيد الصدر يؤيد الرأي الذي يقول بأنه لا عقاب على تكرار فعل مكروه أو تكرار ترك مـــندوب، وتعليله لذلك يشهد بدقته وعمق تفكيره، يدعونا لتأييد الرأي الذي يتفق مع هذا القول في فقه السنة الذي يقول فقيهنا في المتن أنه فيه خلاف في هذا الموضوع ...

---

(١) الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم جزء ثالث ص: ٢١، ٢٢. الإقناع الجزء الرابع ص : ٢٧٠، ٢٧١. مواهب الجليل الجزء السادس ص/٣٢٠، بدائع الصنائع الجزء السابع ص/٦٣ ...

(٢) المستصـــفى للغزالي ص:٧٥/٧٦، تحفة المحتاج الجزء الثامن ص/١٨، مواهب الجليل الجزء السادس ص/٣٢٠، تبصرة الحكام الجزء الثاني ص:٢٥٩/٢٦٠، الأحكام السلطانية ص/٢١٢ ...

(٣) يطلق بعض هذا الفريق عبارته بحيث توهم أن إتيان المكروه وترك المندوب يعاقب عليه بصفة مطلقة ، ولكـــنهم في الواقع لا يقصدون هذا؛ لأن القاعدة العامة في التعزير أنه مقيد بالمصلحة العامة، ولذلك أجيـــز لولي الأمر في جرائم التعزير العفو عن العقوبة ، وعلى هذا تكون تلك العبارات المطلقة مقيدة بهذه القاعدة العامة...

(٤) مواهب الجليل الجزء السادس ص/٣٢٠، الأحكام السلطانية ص/٢١٣ ....

عوده عوقب عليه فهو من جرائم العادة-٢٦- ...

٦٣- *أهمية هذا التقسيم* : تظهر أهمية تقسيم الجرائم إلى جرائم بسيطة وجرائم اعتياد من الوجوه الآتية :

أولا: من حيث مبدأ سريان التقادم-٢٧- في الجرائم البسيطة تبدأ المدة المسقطة للدعوى من يوم ارتكاب الجريمة إن كانت مؤقتة، ومن يوم انتهاء الحالة المحرمة إن كانت غير مؤقتة. أما في جرائم العادة فالمدة المسقطة تبدأ من تاريخ وقوع الفعل الأخير المكون للعادة ...

ثانيا : من حيث الاختصاص : يكون الاختصاص في الجريمة البسيطة للمحكمة التي وقع في دائرتها الفعل المكون للجريمة إذا كانت الجريمة مؤقتة، فإن كانت

الصدر ... تعليق "رقم -٢٦- " أما موقف الفقهاء الجعفريين من العادة، فيتلخص في القول بأن العدد هو الذي تحصل به العادة وتتكون منه عرفا، فالعرف هو المقياس، وقد احتمل بعضهم أن هذا العدد هو اثنان غير أن الرأي المعروف الذي أكده صاحب الجواهر وصاحب الروضة (قدس سرهما) هو أن العادة لا تتكون إلا بثلاث مرات وليس بمرتين ؛ لأن المرة الثانية وإن كانت عودة إلى الفعل، ولكن ليس كل عود يُعَدّ اعتيادا في العرف العام وإنما يوجد الاعتياد إذا تكرر العود، والعود إنما يتكرر في المرة الثالثة .

الشاوى ... رأينا في "تعليق رقم -٢٦- " يقول السيد الصدر إن الرأي الذي يرجحه في الفقه الجعفري هو أن العادة تتكون من العدد الذي تتكون منه عرفا، وأن صاحب الجواهر وصاحب الروضة يرون أن العرف العام هو أن العادة تتكون من تكرار الفعل ثلاث مرات لا اثنتين، كما يقول فقيهنا في المتن، ونعتقد أن هذا الرأي أقرب إلى الصواب، إلا إذا جرى العرف على غير ذلك ...

الصدر ... تعليق "رقم -٢٧-" إنما تظهر أهمية التقسيم من هذه الناحية إذا أخذنا بهذا المبدإ القائل بسقوط الدعوى عند مرور مدة معينة، وسنعرض لرأي الفقه الجعفري في هذا المبدإ حين يبحثه المؤلف ...

الشاوى ... رأينا فى "تعليق -٢٧-" في هذا التعليق يشير إلى أن مبدأ سقوط الجريمة بالتقادم فيه آراء مختلفة، وهذا يؤيد رأينا بوجوب تقنين الفقه المعمول به في كل بلد أو قطر، ويجب أن يختار المقنن الرأي الذي يراه متفقا مع ظروف الزمان والمكان ...

---

(١) مواهب الجليل الجزء السادس ص/٣٢٠، الأحكام السلطانية ص/٢١٣ ...

<عوده> مستمرة أو متجددة فالاختصاص لكل محكمة استمر في دائرتها الفعل أو تجدد، ويكون الاختصاص في جريمة العادة للمحكمة التي وقع في دائرتها الفعل الأخير المكون للعادة (١) -٢٨- .

ثالـــثا : من حيث تطبيق قواعد التداخل: -٢٩- "فإن" الحكم في جريمة عادة يمنع مـــن محاكمة الجاني على الأفعال السابقة ولو لم تدخل في المحاكمة الأولى؛ لأن قواعد

[الصدر] ... تعـــليق "رقم -٢٨-" ليس من الضروري أن تختص صلاحيات المحكمة بالجريمة التي وقعـــت في دائـــرة معينة أو بالأشخاص الذين يعيشون ضمن تلك الدائرة، بل تحدد صلاحيات الحاكم وفقا للمدى الذي سمح ولي الأمر له بممارسة عمله فيه، فقد يجعل من صلاحيته الحكم في أى واقعـــة كانت بقطع النظر عن مكان الجريمة ومسكن المجرم، وقد يحدد صلاحياته تبعا لما يراه من المصلحة العامة، وقد ثبت بالدليل أن الإمام قد أعطى كل مجتهد عادل صلاحية الحكم في أى واقعـــة بصـــورة مطلقة، فله أن يمارس صلاحياته تجاه أي واقعة كانت إلا إذا اقتضت المصلحة العامة تحديد منطقة عمله ضبطا للنظام، فلولي الأمر عندئذ إلزامه بالتزام منطقة معينة ...

[الشاوى] ... رأيـــنا في "تعـــليق -٢٨-" التعـــليق يشير إلى أن تحديد اختصاص كل قاض (أي كل محكمة) هو من صلاحية الإمام، وكنا نفضل أن يقول لنا من هو الإمام الذي يختص بذلك في نظره، ومـــا هي شروط صحة ولايته وقد قلنا إننا نرى أن يختص بذلك مجلس القضاء الأعلى الذي يقوم مقام قاضي القضاة، وليس السلطان أو من يتولى السلطة التنفيذية احتراما لمبدإ استقلال القضاء ...

[الصدر] ... تعـــليق "رقم -٢٩-" لا مجال هنا لتطبيق قانون التداخل؛ لأن كل فعل من الأفعال الـــتي تتكون منها العادة إن كان عملا محرما، وجريمة شرعية فيجب أن يعاقب المعتاد على كل فعـــل بالعقاب المقرر له، ويعاقب على الاعتياد بصفته جريمة أخرى، ولا دليل من الشرع على الـــتداخل. وأما إذا كان كل فعل من الأفعال التي كونت الاعتياد سائغا أو لم يكن (على أقل تقدير) جريمة قرر لها عقاب معين فلا يعاقب الفاعل إلا على الاعتياد لا لتطبيق قواعد التداخل بل لأنه لم تصدر منه إلا جريمة واحدة وهي الاعتياد ...

[الشاوى] ... رأيـــنا في "تعـــليق رقم -٢٩-" في التعليق يعترض على قول فقيهنا إن قواعد الشريعة تطبق مبدأ التداخل، ويقول إنه لا دليل من الشرع على التداخل... وهذا يؤكد رأينا بأنه لا يصح=

---

(١) يرى بعض الشراح الفرنسيين أن الاختصاص يكون للمحكمة التي يقيم الجاني في دائرتها إذا كان العمل المكون للعادة قد وقع وحده في دائرة محكمة غير التي وقع فيها الفعل الآخر، إذ لا يمكن أن يُعَدّ محلا للجريمة إلا المكان الذي تقع فيه أفعال كافية لتكوين العادة، فإذا لم تتوافر بالعادة في مكان معين فإنها تتوافر في شخص الجاني ومن ثم ترفع عليه الدعوى في محل إقامته ...

﴿عوده﴾ الشـــريعة لا تسمح بتعدد العقوبة على الجرائم التي من نوع واحد والتي لم يحكـــم فيها بعد، وتكتفي بعقوبة واحدة عنها جميعا طبقا لقواعد التداخل، والقوانين الوضعية تصل إلى هذه النتيجة نفسها بتطبيق قاعدة قوة الشيء المحكوم فيه ...
وإذا حوكـــم الجاني مرة فمن المنطق أن لا يحاكم مرة ثانية إلا إذا وقع منه أكثر من فعل واحد من الأفعال التي تكون العادة؛ لأن العقوبة مقررة على الاعتياد على الفعل المحرم لا على الفعل ذاته، وهذا هو الرأي الذي تأخذ به محكمة النقض المصرية ...

٦٤ *الشـــريعة والقـــوانين الـوضعية* : تتفق الشريعة والقوانين الوضعية فى تقسيم الجرائم إلى جرائم بسيطة وجرائم عادة، وتتفق معها فى تعريف جريمة العادة، وفى أن العقاب على الاعتياد. وفى مصر استقر الفقه والقضاء على أن العادة تتكون من وقع الفعل أو الترك مرتين -٣٠- ...

٦٥ *الجـرائم التـى تـتكـون مـن أفعـال متلاحقة* : قد يرتكب الجانى عدة أفعال من نـــوع واحـــد تنفيذا لغرض جنائى واحد فيسرق أمتعة من مسكن على عدة دفعات، أو يضـــرب شخصـــا ضـــربات مـــتعددة. وحكم هذه الأفعال المتعددة المتلاحقة للشريعة الإســـلامية أنها جريمة واحدة ويعاقب عليها بعقوبة واحدة، فمن سرق منزلا على دفعتين أو أكثر يُعَدّ مرتكبا لجريمة سرقة واحدة، ومن ضرب شخصا أكثر من ضربة يُعَدّ مرتكبا لجريمة ضرب واحدة ...

٦٦ *الفـرق بـين الأفعـال المـتلاحقة وجـريمة العـادة والجـريمة غـير المـؤقتة* : تختلف الأفعـــال المـــتلاحقة عن جريمة العادة فى أن الأفعال المتعددة المكونة لجريمة العادة لا

= أن ينسب كل فقيه رأيه للشريعة دون إشارة إلى وجود آراء أخرى، وإنما يجب أن ينسبه لاجتهاده أو لاجتهاد غيره ممن يؤيدهم من الأئمة أو الفقهاء ليكون القارئ على بينة من إمكان وجود آراء أخرى في الشريعة حتى لا ينسى الناس أن شريعتنا تتسع لآراء متعددة أو مذاهب مختلفة ... وما ذكره فقيهنا في الصلب هو رأي من يأخذون بقاعدة التداخل دون غيرهم ...

[الصدر] ... تعليق "رقم ٣٠ مر بنا أن بعض فقهاء الإمامية احتمل أن التكرار مرتين يوجد العادة غير أن الرأى المعروف هو أنها لا تكون إلا بالمرة الثالثة ...

[الشاوى] ... رأينا فى "تعليق -٣٠- يكرر قوله بأن الراجح لدى فقهاء الإمامية أن العادة تتكون من التكرار ثلاث مرات لا مرتين، كما سبق أن قاله فى التعليق رقم -٣٦- فيراجع تعليقنا عليه ...

(عوده) يعـــاقب على فعل واحد منها؛ لأنه لا يكون الجريمة، -٣١- أما فى الأفعال المتلاحقة فيعاقب على أى فعل منها لأنه يكون الجريمة دون حاجة لوقوع غيره، فمن انتوى أن يسرق بيتا على عدة مرات ثم دخله فأخذ بعض الأمتعة على أن يعود ليأخذ بعضا آخر، ولكنه لم يعد يعتبر مرتكبا لجريمة السرقة، كما لو عاد وأخذ أمتعة فى مرة أخرى أو أكثر ...

وتختـــلف الأفعـــال المتلاحقة عن الجريمة غير المؤقتة؛ لأن الجريمة المكونة من أفعال مـــتلاحقة تتعدد فيها الأفعال، ولكن كل فعل منها منفصل عن الآخر بينما الجريمة غير المؤقـــتة تـــتكون من فعل واحد أو امتناع يستمر حدوثه وقتا طويلا أو يتجدد حدوثه ذلك الوقت ...

٦٧ ***العـلـة فـى اعتـبار الأفـعـال المـتلاحقة جـريمة واحدة*** : تُعَدّ الأفعال المتلاحقة مكونـــة لجريمة واحدة على تعددها وانفصالها ؛ لأن قواعد الشريعة الإسلامية لا تسمح بتعدد العقوبة على الجرائم التى من نوع واحد-٣٢- وتكتفى بعقوبة واحدة عليها طبقا

(الصدر) ... تعليق "رقم ٣١ الأفعال المتعددة المكونة لجريمة العادة وإن كان لا يعاقب على واحد منها باللون الخاص من العقاب المقرر لجريمة العادة، لأن الفعل الواحد لا يكون عادة حتى يعاقب عليه بعقاب جريمة العادة، غير أنه من الممكن أن يكون كل فعل من الأفعال التى تتكون منها العادة جريمة لها عقاب خاص كقتل الذمى فإن قتله جريمة قرر لها عقاب معين فى الشرع، والاعتياد على هذه الجريمة جريمة أخرى لها عقاب آخر. ففى مثل ذلك يعاقب المجرم بعقاب العادة كما يعاقب على كل فعل من الأفعال التى تكونت منها العادة بالطريقة المقررة فى الشرع.

(الشاوى) ... رأيـــنا فى "تعليق رقم ٣١-" يكرر قوله إن العقاب على العادة يمكن أن يتكون من تكرار فعـــل معاقب عليه فى ذاته بعقوبة خاصة به (تعزيرية) ويكون هنا تعدد للجرائم ، وذكر مثالا لذلك ما سمــــاه جـــريمة قتل الذمى التى يرى أنه يعاقب عليها بعقوبتها المقررة لها، وإلى جانب ذلك إنه فى حالة الاعـــتياد عـــلى ذلك يعاقب مرتكبها على جريمة العادة بعقاب آخر، ويكون هنا حالة تعدد الجرائم. أشـــرنا إليـــه عـــند مناقشة تعليقه رقم ٢٤ وسوف نعود له فى القسم الخاص حيث لا نرى أساسا للتفرقة بين قتل الذمى وغيره ...

(الصدر) تعليق "رقم ٣٢ " الجرائم التى من نوع واحد قد يعد فى العرف كل واحد منها فعـــلا مســـتقلا يحقـــق الجريمة بذاته، كما إذا سرق اللص من شخص فى كل ليلة دينارا فإن الاســـتيلاء على دينار فى كل ليلة يُعَدّ جريمة لأنه سرقة، فيجب أن يعاقب على سرقة كل =

〈عوده〉 لقاعدة التداخل، وهذا يقتضى من باب أولى حسبان الأفعال المتلاحقة الصادرة تـنفيذا لغـرض جـنائى واحد جريمة واحدة، كما أن وقوع هذه الأفعال تنفيذا لفكرة واحدة، ولغرض جنائى واحد يجعل منها جريمة واحدة

= ديـنار. وأمـا إذا كانت الأعمال التى قام بها المجرم متشابكة متلاحقة لدرجة عدت عملا واحـدا، كما إذا سرق اللص عدة دنانير بأعمال متتابعة فى وقت واحد، فإن ذلك يعد سرقة واحدة عرفا فيعاقب بعقاب واحد. وبكلمة مختصرة : متى ما تكرر فعل الجريمة فى العرف العام تعـدد العقـاب، ومتى ما كانت مجموعة أفعال المجرم تُعَدّ عملية واحدة عرفا فالعقاب واحد أيضا.

[الشاوى] رأينا " تعليق رقم ٣٢- " فى التعليق يعيد لنا ما سبق أن قرره بشأن أهمية العرف. وهنا يتعلق الأمر باعتبار تكرار الفعل من نوع واحد. هل يكون جريمة واحدة أم عدة جرائم؟ وكلامه هنا أدق مما فى المتن حيث يعلن فقيهنا القول بأن الشريعة لا تسمح بتعدد العقوبة على الجـرائم من نوع واحد. وقد سبق أن قلنا إن الأولى أن ينسب الرأى لنفسه أو لمن يؤيده ، لا للشريعة عموما، وذلك فى مناقشتنا للتعليق رقم ٢٩-.

۞ 62 – 67 – الجرائم البسيطة وجرائم الاعتياد والتكرار :

العقاب على الجرائم البسيطة ليس محل خلاف طالما أنه وجد نص على ذلك. وقد استخلص فقيهنا من آراء أسلافنا ما يماثل أقوال الفقهاء المعاصرين، وما يؤكد ما وصلوا إليه من دقة وعناية بأحكام الفروع وتفصيلاتها، وأنهم سبقوا القوانين "الحديثة" إلى ذلك بعدة قرون .

وقد تميزت شريعتنا بإيجاد درجة أقل من الواجب وأعلى من المباح، وهى التى يعرفونها بالأمر "المندوب" الذى يستحسن فعله وإن كان غير واجب، ولذلك فإن الأصل أنه لاعقاب على تركه، لكنهم رأوا أن تكرار ترك هذه المندوبات يمكن أن يجيز تعزير الشخص الذى تكرر منه ذلك .

كذلك يوجد فى شريعتنا درجة تتوسط بين المحرم والمباح وهى "المكروه" الذى ليس محرما، لكن يحسن الامتناع عنه، ويرون أنه لاعقاب فى الأصل على إتيان فعل مكروه ولكن إذا تكرر أجازوا تعزيره على ذلك ..

وهذا أحد الأقوال فى فقهنا، ولكنه يبين مدى الدقة فى التمييز بين الواجب والمندوب وبين المحرم والمكروه التى لم يصل إليها الفقه العصرى ولا القوانين"الحديثة" حتى الآن ... ولا نعرف إذا كانوا سوف يصلون إليه فى يوم من الأيام .

والنتائج المترتبة على التمييز بين الجرائم البسيطة (التى تقع بفعل يرتكب مرة واحدة كالضرب أو القتل)، وبين جرائم العادة أو التكرار، تشمل قواعد بدء التقادم والاختصاص المحلى على التفصيل الذى أفاض فيه؛ مع إشارته إلى أن ماوصلت إليه القوانين "العصرية" قد سبق له فقهنا قبلها بقرون عديدة .

وقد عنى بالتمييز بين الجريمة المكونة من عدة أفعال من نوع واحد – كالضرب بالعصا عدة مرات – وبين جرائم التكرار أو الاعتياد، لأن النوع الأول يكون كل فعل وحده جريمة إذا توقف الجانى بعده ولم يلحقه بمثله أو مثيل له لأن التكرار ليس شرطا للعقاب. أما جرائم العادة فإن كل فعل لايعاقب عليه إذا وقع مرة واحدة؛ لأن التكرار شرط لوجود العادة التى هى عنصر ضرورى لوجود الجريمة، إذ يشترط التكرار والتعود ليكون التعدد هو الجريمة المعاقب عليها .

وسبب توقيع عقوبة واحدة على عدة أفعال من نوع واحد فى وقت واحد لايرجع لنوع الجريمة، بل لقاعدة عدم جواز تعدد العقوبات التى سنعود إليها فى كتاب "العقوبة".

المبحث الثالث
تقسيم الجرائم بحسب كيفية ارتكابها
جرائم مؤقتة وجرائم غير مؤقتة

〈عوده〉 ٦٨ *سكوت الفقهاء عن هذين النوعين من الجرائم*: لم يذكر الفقهاء شيئا عن تقسيم الجرائم إلى جرائم مؤقتة وجرائم غير مؤقتة،-٣٣- وعلة ذلك كما يبدو لنا أن الفقهاء يهتمون فقط بجرائم الحدود وجرائم القصاص والدية لأنها جرائم ثابتة لا تتغير الفعال المكونة لها، ولا تتغير العقوبات المقررة عليها، وهذه الجرائم كلها مؤقـــتة وليس فيها جريمة واحدة غير مؤقتة، فلم يكن هناك إذن ما يدعو للتفرقة بين الجريمة المؤقتة والجريمة غير المؤقتة

أما جرائم التعازير فبعضها مؤقت وبعضها غير مؤقت، ولكن الفقهاء جروا على إهمـــال بحث أحكام هذه الجرائم؛ لأن للسلطة التشريعية سلطانا كبيرا فيها من حيث تحديـــد الأفعـــال المكونـــة لمعظمها، وتعيين العقوبة الواجبة عليها. وآراء السلطات التشريعية فى جرائم التعازير تختلف باختلاف البلدان والعادات، فما قد تبيحه سلطة تشـــريعية فى بـــلد ما قد تحرمه سلطة أخرى فى بلد آخر-٣٤-. وما قد تعاقب عليه

〈الصدر〉 .. تعـــليق "رقم-٣٣-" وإنما لم يذكر الفقهاء هذا التقسيم نظرا إلى عدم ترتب أثر مهم عـــليه "كمـــا سيأتى"، وقد اكتفوا لأجل ذلك بإيضاح أحكام المصاديق التى تندرج فى الجريمة المؤقتة وغير المؤقتة ...

〈الصدر〉 .. تعليق "رقم ٣٤-" تنقسم الأفعال التى تسمح الشريعة بالتعزير عليها إلى أنحاء ثلاثة:

الأول: كل فعل محرم فى نصوص الشريعة، وقد أمرت الشريعة بالتعزير عليه كالاضطجاع مع الأجنبية "مثلا" ولا تملك السلطة الحاكمة إزاء هذه الأفعال إلا صلاحية تحديد العقوبة وليس من حقهـــا أن تبيح الفعل أو تلغى العقوبة عنه، فالاختلاف بين السلطات لا يوجد فى هذا النحو إلا بالنسبة إلى كمية العقاب التى تقررها كل سلطة حسب اجتهادها ...

الثانى : كل فعل حرمه الشارع ولم يفرض عليه عقابا، وإنما أسند إلى السلطة الحاكمة الاجتهاد فى ذلـــك، فللسلطة هنا أن تبت فى أصل وضع العقاب وفى كميته، وقد تختلف السلطات حينئذ فى وضع العقاب وعدمه ...

الـــثالث : كل فعل لم يحرم فى أصل الشرع، وإنما أعطت الشريعة لولى الأمر القدرة على المنع عنه تبعا للمصالح العامة، فإذا منع عنه ولى الأمر أصبح محرما بهذا الاعتبار وكان للسلطة فرض=

(عوده) سـلطة تشريعية من وجه قد تعاقب عليه سلطة أخرى من وجه آخر. ولهذا كلـه لم يهتم الفقهاء ببحث التعازير بحثا مفصلا كما اهتموا بجرائم الحدود واكتفوا ببحث بعض الأحكام المهمة الثابتة التي لا تتغير بتغير البلاد والسلطات

أما الآن وقد أصبحنا نحرص على بيان أحكام الجرائم عامة سواء كانت تعازير أو غير تعازير، فليس ثمة ما يمنع من التعرض لبحث الجرائم المؤقتة وغير المؤقتة

= العقاب عليه بالنحو الذى تراه. وفى هذا القسم تختلف السلطات فى إباحة الفعل وتحريمه وفقا لظروفها، كما قد تختلف فى وضع العقاب عليه أو كميته ...

(الشاوى) ... رأيـنا فى "تعـليق رقم ٣٤-" استطرد التعليق الشيعى فى تفرقة دقيقة بين ثلاثة أنواع من الأفعال التى تستحق التعزير :

أولهـا : أفعال محرمة بنص شرعى يوجب التعزير عليه، وترك للاجتهاد (أى القضاء) مجرد تقدير العقوبة ...

وثانيهمـا : أفعال محرمة (بنص تكليفى) لكن لم يفرض عليه التعزير وترك "للسلطة الحاكمة" الاجـتهاد فى ذلـك، فـلها أن تقرر العقاب أو عدمه، وأن تقرر مقدار العقوبة فى حالة تقرير العقاب. وكلمة السلطة الحاكمة مثل كلمة ولى الأمر يقصد بها المجتهدون أو أهل الاجتهاد

وثالـثهما : أفعال لم تحرم فى أصل الشرع وإنما أعطت الشريعة لأولياء الأمر القدرة على الـنهى عـنه تبعا للمصلحة العامة، وفى هذا القسم الأخير وحده تختلف (السلطات) فى إباحة الفعل أو العقاب وفقا لظروف الزمان والمكان

ونحـن لا نرى مسوِّغا للتفرقة بين النوع الأول والثانى، ونرى أنه ما دام هناك مخالفة لأمر تكليفى أو نص شرعى فلا بد أن يجازى من يخالفه، كل ما هنالك أن المجتهدين يمكن أن يختلفوا فيما يُعَدّ مخالفا لهذا النص أو التكليف أولا

كذلـك الحـال فى الـنوع الثالث، فإذا كان الاجتهاد هو الذى يحدد ما هو الفعل الضار بالمصـلحة العامـة، فإنه يجوز لهم الاختلاف فى ذلك، ولكنه خلاف فى وصف الفعل بأنه ضار بالمصـلحة العامـة أم لا واخـتلاف فى تقديرهم المصلحة العامة ونطاقها بحسب ظروف الزمان والمكان

واعتراضنا على فقيهنا والمعلق الشيعى معا هو فى استخدام كلمة "السلطة الحاكمة" وكلمة "ولى الأمـر" دون إشارة إلى أنه يقصد بهما أهل الاجتهاد فقط، وأن فى الاجتهاد مجالا واسعا لتعدد المذاهب وتطورها حسب الظروف الزمانية والمكانية، لكن آراءهم كلها تدخل فى نطاق التشريع الإلهى ما دامت تلتزم بمصادره وأصوله

〈عوده〉 ٦٩ *جرائم التعازير مؤقتة وغير مؤقتة* : والظاهر من تتبع جرائم التعازير أنها تنقسم بحسب الوقت الذى يستغرقه وقوعها إلى جرائم مؤقتة وجرائم غير مؤقتة:

فالجرائم المؤقتة هى التى تتكون من فعل أو امتناع يحدث فى وقت محدود ولا يستغرق وقوعها أكثر من الوقت اللازم لوقوع الفعل أو قيام حالة الامتناع، مثل جريمة السرقة فإنها تتم بمجرد وقوع الفعل أى أخذ الشيء خفية، ومثل جريمة الشرب فإنها تتم بمجرد الشرب، ومثل جريمة كتمان الشهادة فإنها تتم بمجرد الامتناع عن أداء الشهادة ...

والجرائم غير المؤقتة هى التى تتكون من فعل أو امتناع قابل للتجدد أو الاستمرار فيستغرق وقوعها كل الوقت الذى تتجدد فيه الجريمة أو تستمر، ولا تعد الجريمة منتهية إلا بانتهاء حالة التجدد أو الاستمرار ...

ومثال ذلك حبس شخص دون حق، والامتناع عن إخراج الزكاة، والامتناع عن تسليم طفل إلى حاضنه، والامتناع عن أداء الدين مع القدرة عليه ...

٧٠ *مقياس التمييز بين الجريمة المؤقتة وغير المؤقتة* : ونصوص التشريع هى وحدها التى تبين إن كانت الجريمة مؤقتة أو غير مؤقتة ؛ لأن هذه النصوص تعرف الجريمة وتبين ركنها المادى فتميزها بذلك عن غيرها. فإن كان الفعل أو الامتناع يقع وينتهى بمجرد ارتكاب الفعل أو قيام حالة الامتناع فالجريمة مؤقتة، وإن كان الفعل أو الامتناع يكون حالة مستمرة الحدوث أو التجدد فالجريمة غير مؤقتة...

وينبغى فى هذا المقام أن نميز بين استمرار الجريمة واستمرار نتيجتها، فالسرقة تتم بأخذ الشيء خفية فهى جريمة مؤقتة، وبقاء المسروقات بعد ذلك تحت يد السارق ليس استمرارا للسرقة، وإنما هو استمرار لنتيجتها. وجريمة الشرب تتم بتناول الخمر فهى جريمة مؤقتة، فإذا سكر الشارب فإن سكره لا يُعَدّ استمرارا للجريمة وإنما هو استمرار لنتيجتها، إذ السكر نتيجة الشرب. والضرب والجرح جريمة مؤقتة تتم بمجرد وقوع الضرب وحدوث الجرح، فإذا بقى المجنى عليه تحت العلاج مدة ما فذلك ليس استمرارا للجريمة وإنما هو أثر من آثار الجريمة ونتيجة لها...

٧١ *تقسيم الجرائم غير المؤقتة* : تنقسم الجرائم غير المؤقتة إلى جرائم متجددة وجرائم مستمرة[1]...

---

(١) فضلنا أن نقسم الجرائم إلى مؤقتة وغير مؤقتة والأخيرة إلى متجددة ومستمرة، وهذا مخالف لما جرى عليه الشراح من تقسيم الجرائم إلى مؤقتة ومستمرة، وتقسيم المستمرة إلى جرائم مستمرة استمرارا متجددا، وجرائم مستمرة استمرارا تاما، وقد دعانا إلى مخالفة الشراح أن الألفاظ التى استعملناها أكثر دقة وانطباقا على المعانى المقصودة ...

〈عوده〉 فالجـــريمة المتجددة : هى التى يتوقف فيها استمرار الجريمة على تدخل إرادة الجـــانى تدخلا متكررا مقصودا، كالامتناع عن أداء الزكاة، أو عن تسليم المحضون لحاضـــنه وكإحراز سلاح دون رخصة، ففى هذه الحالات يأتى الجانى الفعل أو يمتنع عـــنه، وتبقى جريمته قائمة ما بقى محرزا للسلاح أو ممتنعا عن أداء الزكاة أو تسليم الطفل، ولكن بقاء الجريمة يتوقف على إرادة الجانى الذى يرى أن يبقى محرزا للسلاح دون ترخيص، أو ممتنعا عن الزكاة أو تسليم الطفل لحاضنه...

والجرائم المستمرة هى التى لا يتوقف استمرار الجريمة فيها على تدخل إرادة الجانى بـــل يســـتمر الفعـــل المكون للجريمة دون حاجة لتدخل إرادة الجانى، كحفر بئر فى الطريق وإقامة بناء فى ملك الغير، أو خارجا عن خط التنظيم ...

٧٢ *أهمية تقسيم الجرائم إلى مؤقتة وغير مؤقتة* : لهذا التقسيم أهمية من عدة وجوه نبسطها فيما يلى :

(أ) مـــن حيث الاختصاص:-٣٥- فالمحكمة المختصة بمحاكمة الجانى على الجريمة المؤقتة هى المحكمة التى وقع فى دائرتها الفعل المكون للجريمة ؛ لأن القضاء يتخصص بالـــزمان والمكان. أما المحكمة المختصة بمحاكمة الجانى على الجريمة غير المؤقتة . فهى كل محكمة وقع فى دائرتها الفعل المتجدد أو المستمر، ولما كان من الممكن أن يقع هذا الفعل فى أمكنة متعددة فمعنى ذلك أن المحاكم المختصة بنظر الجريمة غير المؤقتة يصح أن تكون أكثر من محكمة واحدة ...

(ب) من حيث التقادم:-٣٦- ففى الجريمة المؤقتة تحسب المدة المسقطة للدعوى العموميـــة مـــن وقت ارتكاب الجريمة، وفى الجريمة غير المؤقتة تحسب المدة من انتهاء حالة التجدد أو الاستمرار...

[الصدر] ... تعليق "رقم ٣٥-" ليس من الضرورى كما ألمحنا سابقا أن تختص صلاحيات المحكمة بالجريمة التى وقعت فى دائرتها بل تحدد صلاحيات الحاكم وفقا للمدى الذى سمح ولى الأمر له بممارسته فلا أهمية للتقسيم من هذه الناحية ...

[الشاوى] ... رأينا فى " تعليق ٣٥- " أبديناه عند مناقشة تعليقة رقم ٢٨- على بند ٦٣- ...

[الصدر] ... تعليق "رقم ٣٦-" إنما تظهر أهمية هذا التقسيم من هذه الناحية إذا أخذنا بالمبدإ القائل بسقوط الدعوى بالتقادم، وسنعرض لرأى الفقه الجعفرى فى ذلك حين يبحثه المؤلف

[الشاوى] ... رأينا فى "تعليق ٣٦-" أبديناه عند مناقشة تعليقة رقم ٢٧- على بند ٦٣- ...

عوده (ج) مـــن حيث تطبيق التشريعات الجديدة: لا تسرى التشريعات الجديدة على مـــا يقع قبلها من الجرائم المؤقتة، ولكنها تسرى على الجرائم غير المؤقتة التى بدأت قبل صـــدور التشريعات الجديدة إذا ظلت حالة التجدد أو الاستمرار قائمة إلى ما بعد العمل بهذه التشريعات ...

(د) مـــن حيـــث قوة الشيء المقضى به : يُعَدّ الحكم فى الجريمة المؤقتة صادرا عن الواقعة التى عرضت على المحكمة، فإذا كانت هناك وقائع أخرى سابقة لم تعرض على المحكمة فلا يُعَدّ الحكم شاملا لها، ولو كانت من نوع الواقعة التى صدر عنها الحكم، وكذلك الحال فى الوقائع التى حدثت بعد صدور الحكم ...

وإذا كانت الوقائع السابقة واللاحقة من نوع الواقعة المحكوم فيها جاز رفع الدعوى من جديد عن الوقائع اللاحقة، وامتنع رفعها عن الوقائع السابقة، والعلة فى هذه التفرقة أن قواعـــد الـــتداخل تنطـــبق على الوقائع السابقة، وطبقا لهذه القواعد لا يجوز رفع الدعوى عن وقائع سابقة إذا كانت مماثلة للواقعة التى حكم فيها؛ لأن العقوبة شرعت للتأديب والزجر، ووضعت على أنها تكفى لتحقيق هذين المعنيين، فلا حاجة إذن لتعدد العقوبات إلا إذا وقعت وقائع جديدة بعد توقيع العقوبة [(١)] -٣٧- ...

أمـــا فى الجـــرائم غير المؤقتة فيُعَدّ الحكم شاملا لجميع الوقائع السابقة على رفع الدعوى ولو لم تعرض بعض هذه الوقائع على المحكمة؛ لأن كل الوقائع تكون جريمة واحـــدة، ومـــن ثم لا يجـــوز رفع الدعوى من جديد عن الوقائع التى لم تعرض على المحكمة ما دامت سابقة على صدور الحكم، أما الوقائع اللاحقة لصدور الحكم، فهذه يجوز رفع الدعوى من جديد عنها إذا كانت الجريمة من الجرائم المتجددة،-٣٨- ولا يجوز رفع الدعوى عنها إذا كانت من الجرائم المستمرة ...

الصدر ... تعـــليق "رقم -٣٧-" يقصد المؤلف بهذه الوقائع الأحداث التى تتكون منها الجريمة غـــير المؤقتة، وأما ما سبق هذه الأحداث من جرائم غير مؤقتة من النوع نفسه فلا يمكن رفع الدعوى عنها لأجل قاعدة التداخل ...

الشاوى رأينا "تعليق رقم -٣٧-" التفرقة التى أشار إليها بديهية لا اعتراض عليها ...

الصدر تعليق "رقم -٣٨-" لأن استمرار الجريمة غير متوقف على إرادة الجانى ...

---

(١) راجع الفقرة رقم (٥١)

﴿عوده﴾ ٧٣- *بين الشريعة والقوانين الوضعية* : تتفق الشريعة مع القوانين الوضعية فـــيما ذكرناه عن تقسيم الجرائم إلى مؤقتة وغير مؤقتة، كما تتفق معها فيما يترتب عـــلى التقسيم. ولكن النظرية السائدة فى القوانين الوضعية تقضى بأنه يمكن العقاب على الوقائع السابقة على الواقعة التى صدر الحكم فيها إذا كانت الجريمة مؤقتة؛ لأن الحكـــم ليس حجة إلا فيما يختص بالواقعة المحكوم فيها، وعلة الاختلاف أن الشريعة تـــأخذ بنظرية التداخل، وهى نظرية لم تعرفها القوانين الوضعية بعد، وإن كان بعض الشراح قد عرفوها ونادوا بها، كما سيتبين لنا عند الكلام على هذه النظرية-٣٩-.

[الصدر] ... تعليق "رقم ٣٩-" وسنذكر رأى الفقه الجعفرى حينئذ ...

۞ 68 – 73- الجرائم التى تتكون من فعل مؤقت أو متجدد أوحالة مستمرة :

النصوص وحدها هى التى تبين ما إذا كانت الجريمة مؤقتة أو مستمرة أو متجددة، وهذا يؤكد ما نطالب به من ضرورة تدخل الفقه لتقنين التعازير بنصوص سابقة على وقوع الجريمة .

لكن عَدّ الجريمة مستمرة أم لا .. لايمكن الرجوع فيه إلى "النص التشريعى" وحده، بل إن مصدره هو طبيعة العمل المعاقب عليه. فهناك أعمال مستمرة بطبيعتها وأعمال متجددة، وأعمال فورية ومؤقتة. لكن النصوص هى التى تبين الفعل المعاقب عليه.

أهمية التفرقة بين الجرائم الوقتية وغيرها: أشرنا إلى مايماثلها عند كلامنا عن نتائج التفرقة بين الجرائم البسيطة وجرائم الاعتياد، من حيث بدء سريان التقادم ومن حيث الاختصاص المحلى أو المكانى، وكذلك من حيث قوة الشىء المقضى به على التفصيل الذى نراه عند دراسة "التداخل" .

وإشارته إلى أن "الشريعة" تأخذ بما يسميه "نظرية التداخل" تحتاج إلى بيان المذهب أو الفقيه الذى يشير إليه[1]، لأن هذا أمر اجتهادى لانعتقد أن نصوص الشريعة "بمعناها الضيق" تفصل فيه .

ونحن نفضل أن ينسب كل رأى اجتهادى إلى الفقه عموما أو إلى مذهب أو إمام معين، بدلا من نسبته إلى الشريعة فى مجموعها .

وكلمة "السلطة التشريعية" لايجوز أن يفهم منها أنه يقصد بها سلطة التشريع الوضعى، بل يجب أن تكون هى الجهة التى تتولى الاجتهاد فى نطاق أحكام الشريعة وأصولها، ولذلك فإننا نفضل الإشارة إليها باسم هيئة "التقنين" حتى لاتدعى لنفسها "سلطة التشريع" لأن اختصاصها فى نظرنا محدود فى نطاق الرأى الاجتهادى الذى لايلزم إلا من يلتزم به، وقرار الالتزام من اختصاص الجماعة أو الشعب الذى يقر هذا التقنين الفقهى ويجمع على الالتزام به .

---

(1) يرى الدكتور العوا أن المذهب الشافعى يأخذ بنظرية التداخل فى الأفعال الإجرامية وبنظرية الجب فى العقوبات.

الفصل الخامس
المبحث الأول
في تقسيم الجرائم بحسب طبيعتها الخاصة
جرائم ضد الجماعة ... وجرائم ضد الأفراد

〈عوده〉 ٧٤ـ *تنقسم الجرائم بحسب طبيعتها الخاصة* إلى جرائم ضد الجماعة وجرائم ضد الأفراد ...

الجرائم التي تقع ضد الجماعة : هي التي شرعت عقوبتها لحفظ صالح الجماعة، سواء وقعت الجريمة على الفرد، أو على جماعة، أو على أمن الجماعة ونظامها. ويقول الفقهاء: "إن عقوبة هذا النوع من الجرائم شرعت حقا لله ﷻ". [1] ومعنى هذا الاصطلاح أنها شرعت لحماية الجماعة، ولكنهم يجعلون العقوبة حقا لله، إشارة إلى عدم جواز العفو عنها أو تخفيفها، أو إيقاف تنفيذها-٤٠- ...

〈الصدر〉 ... تعليق"رقم -٤٠-" بلا خلاف في ذلك بين فقهاء المذهب الجعفري ما لم يتب المجرم أو ينكر الجريمة بعد ثبوتها بالإقرار. أما مع توبة المجرم قبل ثبوت الجريمة فالمعروف بينهم هو سقوط الحد عنه. أما إذا تاب بعد ثبوت الجريمة بالبينة فلا يسقط عنه الحد، وأما بعد ثبوت الجريمة بالإقرار فالرأي السائد بينهم أنها تؤثر تخيير الحاكم الشرعي ما بين العفو وإقامة الحد. والدليل على الفرق ما بين أقسام التوبة مذكور في كتبهم الفقهية، وهو الموافق للذوق السليم فإن التوبة المسقطة للحد هي الكاشفة عن ندم المجرم، ولا ريب في أن التوبة قبل ثبوت الجريمة كاشفة عن ذلك دون ما إذا كان بعد الثبوت بالبينة فإنها تكون غالبا للفرار من العقاب ولو أوجبت سقوط الحد لما أمكن إقامة أي حد من الحدود ...

وأما التوبة بعد الثبوت بالإقرار، فإنها حد متوسط بين التوبتين؛ لأن وقوعها بعد الثبوت يضعف ظهورها في الندم وإن كان سبقها بالإقرار يُقوي ذلك الظهور، فلذا كان تأثيرها هو تخير الحاكم الشرعي ...

وتمتاز العقوبة المسماة بكونها حقّا لله وقد جعلت لعقاب من يجرم ضد الجماعة في نظر فقهاء المذهب الجعفري بأمور :

(١) عدم توقف الحكم بها على طلب أحد ...

---

(١) بدائع الصنائع الجزء السابع ص : (٣٣)، فتح القدير الجزء الرابع ص : (١٢) ...

عوده والجرائم التي تقع ضد الأفراد : هى التي شرعت عقوبتها لحفظ مصالح الأفراد، ولو أن ما يمس مصلحة الأفراد هو في الوقت ذاته ماس بمصالح الجماعة ...

وتعد جرائم الحدود من الجرائم الماسة بمصلحة الجماعة، ولو أنها في الغالب تقع

= (٢) عدم جواز الحكم بها على غائب ...

(٣) التشديد في شرائط البينة التي تقوم على إثباتها، وأدلة الأمور المذكورة ذكرها الفقهاء في مؤلفاتهم الفقهية وهو الموافق للمصلحة حسبما يقتضيه المنطق السليم، فإن من البديهي أن العقوبة المذكورة ليست لمصلحة فرد خاص ليتوقف العقاب بها على طلبه وأن تأخيرها المسبب عن اشتراط حضور المجرم والتشديد في شرائط البينة لا يكون سببا لضرر أحد وتفويتا لحقه وإنما يؤثر التأخير للتأمين من إنزال العقوبة بالبرىء ...

وتمتاز العقوبة المذكورة أيضا في نظر بعض فقهاء المذهب الجعفري بأن للحاكم الشرعي أن يحكم فيها بعلمه دون سواها، ولكن الرأي السائد بينهم وهو الأرجح بحسب البرهان هو جواز حكمه بعلمه في كلتا العقوبتين ...

الشاوى ... رأينا فى تعليق "رقم -٤٠-" في تعليقه يشير السيد الصدر إلى أهمية التوبة وأثرها في الفقه الجعفري على العقوبات التي لا يتعلق بها حق فردي "عقوبات الحدود عدا القصاص والدية ..."

وهو يفرق بين حالة التوبة قبل ثبوت الجريمة (بالإقرار أو بالبينة) وحالة التوبة بعد الإقرار، "والتوبة بعد البينة التي توجب الحد"، ويتراوح الأثر في نظره بين سقوط الحد "في الحالة الأولى" وبين تخيير القاضي بين العفو "عن الحد" وبين إقامة الحد في غيرها ...

ونحن نرى أن التوبة هى شبهة توجب سقوط الحد في جميع الأحوال تطبيقا لمبدإ دفع الحدود بالشبهات، لكن يبقى التعزير بحسبانه الجزاء الأصلي في جميع الجرائم، وهنا يكون للقاضي تقدير أثر التوبة حسبما يراه من ظروف التوبة وسببها ...

وقوله إن الحدود لا يجوز الحكم بها على غائب يدل على أهمية حق الدفاع، فلا يجوز فرض الحد على من لم يسمع دفاعه في الاتهام الموجه له في محاكمة قضائية عادلة، وسنرى أهمية ذلك في رأينا بالنسبة لأثر حالة "الإهدار" ...

إشارته إلى أن الحدود تتميز بما يسميه التشديد في شرائط البينة التي تقوم على إثباتها يؤكد قولنا بمفهوم المخالفة إن التعازير لا يوجد تشديد في أدلة إثباتها، وقد قلنا إنها تخضع لمبدإ الأدلة الإقناعية، أما الأدلة القانونية فخاصة بالحدود بمعناها العام؛ لأن الشارع يريد تضييق نطاقها ... ونلاحظ أنه حرص على الكلام عن "العقوبات الحدية"، وهذا أدق مما جرى عليه فقيهنا بالإشارة إلى "الجرائم الحدية"، وقد سبق أن قلنا إنه يجب التمييز بين أقسام العقوبات وأقسام الجرائم ...

عوده على أفراد معينين وتمس مصالحهم مساسا شديدا كالسرقة والقذف، وليس في اعتبارها ماسة للجماعة إنكار لمساسها بالأفراد، وإنما هو تغليب لمصلحة الجماعة على مصلحة الأفراد بحيث لو عفا الفرد لم يكن لعفوه أثر على الجريمة أو العقوبة ..

وجرائم القصاص والدية من الجرائم التي تقع على الأفراد، وليس معنى ذلك أنها لا تمس الجماعة وإنما معناه تغليب حق الفرد على حق الجماعة، فللفرد أن يتنازل عن القصاص والدية، وهما العقوبتان المقررتان أصلا للجريمة. وقد أعطي له حق التنازل؛ لأن الجريمة تمسه مساسا مباشرا-٤١- فإذا تنازل عن العقوبة-٤٢- لم يترك الجاني وإنما يعاقب بعقوبة تعزيرية حفظا لمصلحة الجماعة التي مُست مساسا غير مباشر-٤٣- ...

وجرائم التعازير بعضها يمس مصلحة الجماعة، وبعضها يمس مصلحة الأفراد والجماعة على المعنى الذي شرحناه سابقا ...

والواقع أن كل جريمة تمس مصلحة الجماعة تمس في النهاية مصلحة الأفراد، وكل جريمة تمس مصلحة الأفراد تمس في النهاية مصلحة الجماعة، ولو كان محل "الجريمة" حقا خالصا للفرد، وفي هذا يقول أحد "الفقهاء" : "ما من حق لآدمي إلا ولله فيه حق، إذ من حق الله على كل مكلف ترك أذاه لغيره[1] " . فإذا عَدّت الشريعة بعض الجرائم ماسة بمصلحة الجماعة؛ فذلك لأنها تمس مصلحة الجماعة أكثر مما تمس مصلحة الفرد، وإذا عَدّت بعض الجرائم ماسة بمصلحة الأفراد فذلك لأنها تمس مصلحة الأفراد أكثر مما تمس مصلحة الجماعة ...

الصدر ... تعليق "رقم -٤١-" بلا خلاف في ذلك بين فقهاء المذهب الجعفري إلا في فرض أن تكون الجريمة هي القذف الصادر من الزوج في حق زوجته، فقد ذهب بعضهم إلى أنه ليس للزوجة حق التنازل ...

الشاوى ... رأينا "تعليق -٤١-" يشير السيد الصدر إلى أن بعض فقهائهم يرى أنه في حالة قذف الزوج لزوجته ليس للزوجة حق التنازل عن عقوبة الحد، سببه أن ذلك له أثره في ثبوت النسب، وهو مصلحة عامة لا خاصة ...

الصدر ... تعليق "... رقم -٤٢-" من له حق التنازل ...

الصدر ... تعليق " ... رقم -٤٣-" إذا رأى الحاكم المصلحة في ذلك ...

الشاوى ... رأينا فى " تعليقى -٤٢- و -٤٣-" يشير إلى أن التعزير يكون جائزا للقاضي في حالة تنازل المجني عليه أو عفوه عن القصاص أو الدية، أي أنه ليس واجبا، لكنا نرى أن التعزير مجاله يتسع للتدابير الوقائية في جميع الأحوال، وهى لا تُعَدّ عقوبة جنائية. والحاكم المشار إليه هنا هو القاضي أو المجتهد فله إذا رأى ذلك الاكتفاء بتعزير وقائي فقط ...

---

(١) الجزء الثانى من شرح الزرقانى على مختصر خليل ص / ١١٥ ...

❁ 74- لاداعي للقول بوجود ما يسميه جرائم ضد الأفراد – ويمكن القول بأن فرض عقوبة معينة تقرر لمصلحة المجنى عليه :

لنا وقفة مع القول الشائع بتمييز الجرائم ضد الجماعة عما يَعُدّه البعض جرائم ضد الأفراد، لأنه من المؤكد حسب قول فقيهنا أن "ما يمس مصلحة الأفراد هو ماس بمصالح الجماعة – وأن كل جريمة تمس مصلحة المجتمع تمس فى النهاية مصلحة الأفراد". – ونحن نضيف أن علة فرض الجزاء الجنائى هى أن الفعل الإجرامى الذى يقع على الفرد إنما يضر بالجماعة ويهدد أمنها فى جميع الحالات .

إنه يشير إلى أنه فى جرائم الاعتداء على حياة الإنسان أو سلامة جسم الفرد، يعطى المشرع للمجنى عليه فيها حق طلب القصاص وحق التنازل عنه (الذى يسميه حق العفو عن عقوبة القصاص) ليصبح الجزاء تعزيرا بحسب الأصل .

ومع ذلك، فإننا لا نوافق على ما قاله فى نهاية البند من أنه "إذا عدّت بعض الجرائم ماسة بمصلحة الفرد، فذلك لأنها تمس مصلحة الأفراد أكثر مما تمس مصلحة الجماعة". ونفضل القول إنها تمس مباشرة حقا لفرد معين إلى جانب إخلالها بأمن الجماعة ومصلحتها، ولاداعى لأن ننسب إلى شريعتنا أنها أعطت حق الفرد أهمية أكبر من حقوق الجماعة .

والواقع أن حق المجنى عليه أو ولى الدم إنما يتعلق فقط بنوع العقوبة – فوجوب القصاص هو الذى يكون للمجنى عليه فيه حق خاص لأنه يشفى الرغبة فى الثأر أو الانتقام من الجانى؛ أما الجزاء العادى وهو التعزير فهو حق المجتمع – لايجوز للفرد أن يتنازل عنه ولا أن يعطله .

إن القصاص والدية هما الحد الأقصى للعقوبة فيما يمس سلامة الجسم وحياة الإنسان – ولكن لايجب تطبيقه إلا فى حالة إصرار المجنى عليه أو ولى الدم على ذلك، ومعنى ذلك أن لولى الدم حق العفو عن تلك العقوبة القصوى وهى القصاص.

صحيح أن العفو عن عقوبة القصاص جائز من المجنى عليه ... ويكتفى بالدية ... بل له أن يعفو عن الدية أيضا ويكتفى بعقوبة تعزيرية فى هذه الحالة .

يجب ألا ننسى ما قرره الفقه من أنه إذا لزم الأمر ولم يكن للقاصر ولى، فإن لولى الأمر أن يعفو بصفته وليّا لمن لا ولى له، ونحن نرى أن "ولى الأمر" هنا هو القاضى أو المجتهد لا رئيس الدولة أو السلطان، فيكون للقاضى الحق فى الاكتفاء بالتعزير فى هذه الحالة .

ثم إنه فى حالة تعذر القصاص لسبب من الأسباب يرجع للأصل وهو التعزير، ومعنى ذلك أن جرائم القصاص (مثل الحدود) يكون الحد الأدنى للعقوبة فيها هو الحد

الأدنى فى التعزير عندما يتنازل المجنى عليه أو وليه .. ولذلك لا نوافق على القول بأن الجريمة المعاقب عليها بالقصاص عقوبتها ذات حد واحد أو أنها مقررة لصالح ولى الدم، فالمقرر لصالح ولى الدم أو المجنى عليه هو وجوب القصاص بعَدِّه العقوبة القصوى، ولكن مصلحة المجتمع هى التى أدت إلى عَدّ الفعل جريمة توقع عليها عقوبة تعزيرية كما هو الأصل فى جميع الجرائم فى نظرنا .

إن ما ذهب إليه من أن هذه الجرائم (جرائم القصاص) إنما شُرعت لحفظ مصالح الأفراد لانوافق عليه كذلك لأن الأصح هو أن عقوبة القصاص فى هذه الجرائم دون غيرها هدفها أنها تحمى الحقوق الإنسانية الأساسية التى يعتز المجتمع بحمايتها لأن أفراده لهم حق أساسى فى سلامة أبدانهم وحرمة دمائهم وكل مساس بها قد يدفعهم للأخذ بالثأر مما يهدد أمن الجماعة واستقرارها.

أما القول بأنها مثل الحدود ليس للظروف المخففة أثر فيها وأن هذا يميزها عن التعازير أو أنه ليس للقاضى فيها سلطة تقديرية بخلاف التعازير التى يكون للقاضى فيها سلطة واسعة فى اختيار نوع العقوبة ومقدارها – فقد قلنا إن للقاضى سلطة تقديرية واسعة فى تقدير الشبهات فى الحدود وإن له أن يرتب عليها استبعاد الظروف المشددة والعقوبات الحدية .... كما أنه فى حالة عفو المجنى عليه أو ولى الأمر – فى جرائم القصاص – تعود للقاضى سلطته الكاملة فى تقدير العقوبة التعزيرية .

إننا قلنا إن توافر عدد معين من الشهود إذا كان شرطا من شروط الإثبات فى بعض الجرائم الخطيرة فإنه لازم لإثبات الظرف المشدد الذى يوجب التشديد وخاصة ظرف الجهر بالفاحشة فى جرائم العرض بعَدّه عنصر استفزاز لجمهور الناس لاللمجنى عليه وحده. فالعلانية والجهر بالفاحشة يجب عَدّها ظرفا مشددا يسوّغ توقيع عقوبات الحد الأقصى وهو العقوبة الحدية المقررة لتلك الجرائم التى نَعُدّها كبائر ....

ونرى قياسا على ذلك أن اشتراط وجود اثنين من الشهود إلى جانب أقوال المجنى عليه فى بعض الجرائم إنما يُقصد به إثبات وجود الظرف المشدد الذى يجب بيانه فى كل جريمة على حدة لا إثبات الفعل المكون للجريمة فقط .

بناء على هذا النظر يمكن القول بأنه إذا لم يتوافر هذا العدد من الشهود، وكان الفعل ثابتا بشاهد واحد أو بأدلة أخرى مقنعة، فإن للقاضى أن يحكم بعقوبة تعزيرية لا تصل إلى حد القصاص .

المبحث الثاني
في تقسيم الجرائم بحسب طبيعتها الخاصة
جرائم عادية وجرائم سياسية ... أي بغي

﴿عوده﴾ ٧٥ـ *التفرقة بين الجرائم العادية والجرائم السياسية*:-٤٤- فرقت الشريعة من يوم وجودها بين الجرائم العادية وجرائم البغي أي الجرائم السياسية، ولكن الشريعة راعت في هذه التفرقة مصلحة الجماعة وأمنها، والمحافظة على نظامها وكيانها، فلم تَعُدّ كل جريمة ارتكبت لغرض سياسي جريمة سياسية، وإن كانت قد عَدَّت بعض الجرائم العادية التي ترتكب في ظروف سياسية معينة جرائم سياسية ...

ولا تختلف الجريمة السياسية عن الجريمة العادية في طبيعتها، فكلاهما تتفق مع الأخرى في المحل والنوع والوسائل، وإنما يختلفان في البواعث التي تبعث عليهما. فالجريمة السياسية ترتكب لتحقيق أغراض سياسية، أو تدفع إليها بواعث سياسية، أما الجرائم العادية فالأصل فيها أن تكون بواعثها عادية، ولكن ليس ثمة ما يمنع من أن تدفع إليها بواعث سياسية. ومعنى هذا أن الجريمة العادية تختلط أحيانا بالجريمة السياسية، ولهذا كان للتفريق بين الجريمتين أهمية كبرى ...

﴿الصدر﴾ ... تعليق "رقم -٤٤-" لا يكفي لكي تكون الجريمة سياسية أن يتوافر في دوافعها العنصر السياسي، بل لابد في الجريمة السياسية من شرائط معينة كما يأتي، فلذا لزم بيان الفرق بينها وبين سواها ...

﴿الشاوى﴾ ... رأينا فى تعليق "رقم -٤٤-" يسارع السيد الصدر للتنبيه على أن هناك شروطا عديدة لكي تطبق الأحكام الخاصة بالجرائم السياسية. واهتمام الشيعة بهذا الموضوع سببه أن أحكامه قصد بها في الأصل أن تطبق على "الخوارج" وهم أكبر خصومهم السياسيين منذ عهد الإمام علي بن أبي طالب "رضي الله عنه" "الذي اغتاله أحدهم" كما يشير في التعليق التالي، ومع ذلك فإن الإمام عليًا هو الذي وضع أهم الأحكام التي تميز هذه الجرائم ذات الباعث السياسي وتعطي لمرتكبيها امتيازات لا يتمتع بها مرتكب الجريمة العادية ...

75 – فى الجريمة السياسية معاملة خاصة للثائرين المتأولين :

الجريمة السياسية فى فقهنا هى أعمال العنف التى يرتكبها الخارجون على السلطة القائمة بناء على ادعاء أنها سلطة غير شرعية – وهذا هو مايعبر عنه بأنهم متأولون – ونظرا لأن العنف الذى يرتكبونه يضار به أفراد الناس العاديون الذين لادخل لهم فى هذا الخلاف، فإن فقهنا يسميهم بغاة، ويقرر لهم معاملة خاصة يقصد بها إعادة الأمن لجمهور الناس ولو اقتضى ذلك تقريرا لبعض الحقوق لهم مقابل تراجعهم عن هذا العنف .

وما قاله فقهاؤنا عن "حقوق هذا النوع من الثوار" ... ومسئوليتهم قبل الثورة وفى أثنائها وبعدها ... هى حقوق يراعى فيها أن جريمتهم سياسية، لأنهم يعتقدون أنهم يدافعون عن حكم شرعى، وهذا هو مايسمى بالتأول. ولهذا السبب، فإنهم يجب ألا يعاملوا كمجرمين عاديين ولايعاقبوا بالعقوبات العادية عن الأعمال التى يرتكبونها فى مقاومتهم أو ثورتهم . ما دامت قد وقعت فى حالة ثورة أو حرب أهلية ضد سلطان يحسبونه جائرا أو غير شرعى (سواء كان هذا الحسبان صحيحا أم خطأ) . ومعنى أنهم "متأولون" هو أنهم فى مقاومتهم للسلطة القائمة أو خروجهم عليها يستندون إلى أحكام شرعية قد تكون صحيحة فى نظرهم خاطئة فى نظر غيرهم .

وكلامنا هنا موضوعه المعاملة الخاصة التى يقررها فقهاؤنا لهؤلاء البغاة؛ سواء كانت السلطة التى يخرجون عليها شرعية أو غير شرعية .

هناك موضوع آخر هو: متى يكون هذا الخروج جريمة معاقبا عليها ؟ والراجح أنه لايكون الخروج جريمة بغى إلا إذا كانت السلطة التى خرجوا عليها شرعية، وقد عبر فقيهنا عن ذلك بقوله إن "البغاة" هم القوم الذين يخرجون على الإمام ... أو هم فرقة من المسلمين خالفوا الإمام "الأعظم" ...

وقد تأثر فقيهنا بأقوال شراح القانون المصرى فى تعريفهم للجريمة السياسية بأنها تقع لغرض سياسى، وكان من الواجب الإشارة إلى أن فقهنا يشترط أن يكون البغاة متأولين، أى أن لهم غرضا شرعيا، أساسه "التأول"، أى أنهم يقصدون الدفاع عن مبدإ شرعى (سواء كان هذا الاعتقاد صحيحا أو خاطئا) والغرض الشرعى غير الغرض السياسى ويلاحظ أنه أوضح ذلك فى البند التالى (76) .

عوده ٧٦ـ متى توجد الجريمة السياسية : لا توجد الجريمة السياسية في الظروف العادية، فكل جريمة وقعت في الأحوال العادية هى جريمة عادية مهما كان الغرض منها والدوافع إليها. فمن يقتل رئيس الدولة لغرض سياسي عُدَّت جريمة عادية، ولو كان القاتل نفسه من المشتغلين بالسياسة مادام أن القتل وقع في أحوال عادية . ولقد قتل عبد الرحمن بن ملجم علي بن أبي طالب خليفة المسلمين لتحقيق غرض سياسي فعُدَّ القتل عاديا بالرغم من أن القاتل من الخوارج[1] وهذا هو رأي عليّ نفسه، والرأي الذي أخذ به العلماء من بعده، فإنه قال لولده الحسن : "أحسنوا إساره، فإن عشت فأنا ولي دمي، وإن مت فضربة كضربتي". ولو لم يكن القتل عاديا لما عَدَّ نفسه ولي الدم، إن شاء عفا وإن شاء اقتص، ولما طلب من الحسن أن يقتص بضربه كضربته [2] –٤٥– ...

وإنما توجد الجريمة السياسية في الظروف غير العادية، وعلى وجه التحديد في حالة الثورة وفي حالة الحرب الأهلية. فإذا ثار فريق من الرعية على الدولة، وإذا قامت حرب بين الدولة وبين بعض رعاياها الخارجين عليها، أمكن أن توجد الجريمة السياسية إذا توافرت شروط معينة في الثوار أو المحاربين، فإذا لم تتوافر هذه الشروط أو توافرت ولكن لم توجد حالة الثورة أو الحرب، فالجرائم التي تقع لا يمكن أن تكون جرائم سياسية، وإنما هى جرائم عادية...

الصدر ... تعليق "رقم –٤٥–" فإن هذا يدل على أن جريمة ابن ملجم،على عظمها وشناعتها بالدرجة التي جعلته أشقى الآخرين كما في الأخبار، لم تكن جريمة سياسية بالمعنى المصطلح للفظ. غير أننا لا يمكن أن نجعل من ذلك دليلا على عدم تحقق الجريمة السياسية في الظروف العادية، لأن الظروف التي مارس فيها ابن ملجم جريمته الكبرى وإن كانت ظروفا عادية ولكن نلاحظ من المجرم نفسه أنه لم يكن ذا شوكة فكما يمكن أن يكون السبب في عدم احتساب جريمته جريمة سياسية الظرف العام للجريمة حيث كان ظرفا عاديا، كذلك من الممكن أن يرجع السبب إلى حالة المجرم الخاصة وعدم كونه ذا شوكة ...

الشاوى رأينا في "... تعليق –٤٥–" يؤيد السيد الصدر الاستشهاد بأقوال أمير المؤمنين علي بن أبي طالب في معاملة قاتله على أساس أن جريمته عادية وليست سياسية لعدم توافر شرط " الشوكة " أو عدم وجود حالة ثورة أو مقاومة مسلحة ...

---

(١) الخوارج فئة كانت تناهض عليا ولا تراه صالحا للخلافة ...

(٢) الشرح الكبير الجزء العاشر ص (٥٢) ...

عوده ٧٧ـ *المجرمون السياسيون* : تسمى الجريمة السياسية في اصطلاح الفقهاء البغي، ويسمى المجرمون السياسيون البغاة أو الفئة الباغية -٤٦- ...
والبغاة -٤٧- كما يعرفها الفقهاء "هم القوم الذين يخرجون على الإمام[1]

الصدر = ... تعليق "رقم -٤٦-" البغي في عرف الفقه الجعفري هو الخروج عن طاعة الإمام العادل كما في كتاب جواهر الكلام للفقيه الكبير الشيخ محمد حسن النجفي، وكتاب المنتهى لآية الله العلامة الحلي، غير أن الثاني أسقط لفظ العادل وأطلق كلمة الإمام، والمعنى واحد لأن الشيعة يشترطون في الإمام العصمة وفي نائبه العدالة، فرئيس الدولة أو الإمام لا يكون رئيسا شرعيا وإماما إذا لم يكن عادلا، والباغي هو من خرج على إمام عادل وقاتله ومنع تسليم الحق إليه كما جاء في كتاب الخلاف لشيخ الطائفة "محمد بن الحسن الطوسي"، رحمه الله ...

الشاوى رأينا في "... تعليق-٤٦-" يشير إلى أن الشيعة عموما يَعُدّون البغي هو الخروج على الإمام العادل أو المعصوم من باب أولى في نظرهم". ونرى أن هذا بحث سابق لأوانه يتعلق بوجود جريمة البغي وأركانها وسيكون موضع هذا "البحث" في القسم الخاص عند دراسة "شروط العقاب" على "البغي"... أما هنا فنحن بصدد عرض "الامتيازات" التي يقررها الفقه للمتهمين بجرائم سياسية سواء كانت هي جريمة البغي أو المقاومة المسلحة، أو كانت جريمة أخرى وقعت في حالة الثورة أو المقاومة المسلحة. ومادام الأمر كذلك فإن القول بمنح هذه الامتيازات لمن يقاومون الإمام العادل يوجب منحها من باب أولى لمن يقاومون الظالم أو المغتصب لأن مقاومته حق بل واجب وليس بغيا، كل ما هنالك أنه فى أثناء هذه المقاومة المشروعة ارتكبت جرائم باعثها عقيدي "بناء على تأول" فتستحق هذه المعاملة الاستثنائية لحماية الجمهور من استمرارها.

الصدر تعليق "... رقم -٤٧-" البغاة كما يعرفها الفقهاء من الإمامية هم القوم الذين يخرجون على الإمام العادل ويقاتلونه ويمتنعون من تسليم الحق إليه على أن تتوافر فيهم الشرائط التي سنمر بها قريبا ...

ولفظ الإمام عند الإمامية يعني أحد الأئمة الاثنى عشر من أهل البيت صلوات الله عليهم، ولكن الباغي لا يختص بالخارج على أحدهم، بل يشمل كل من خرج على حكومة إسلامية شرعية وإن كان يرأسها شخص آخر غير الإمام بالنيابة عنه في حالة الغيبة ...

وأما فقهاء أهل السنة والجماعة فقد عرفوا البغاة بما ذكره المصنف في الكتاب ...

الشاوى رأينا في "... تعليق-٤٧-" نرى السيد الصدر يؤكد رأي الجعفرية بأن الخروج يُعَدّ "بغيا" إذا كان فيه مقاومة لإمام شرعي عادل، ولكن ليس معنى ذلك أن الخروج على غيره لا يتمتع =

(١) رئيس الدولة أو حاكمها العام ...

﴿عوده﴾ بـــتأويل ســـائغ ولهم منعة وشوكة[1]" أو هم : "فرقة من المسلمين خالفت الإمـــام الأعظم[2] أو نائبه لأحد شيئين إما لمنع حق وجب عليها من زكاة أو حكم عـــليها من أحكام الشريعة المتعلقة بالله أو بآدمي[3] أو الدخول تحت طاعته بالقول والمباشرة باليد لحاضر، والإشهاد على الدخول لمن غاب عنه إن كان كل منهما من أهل " الحل والعقد " واعتقاد ذلك ممن لا يعبأ به ولا يعرف فإنه حق لخبر "من مات وليس في عنقه بيعة مات ميتة جاهلية " .. أو خالفته لخلعه[4] .. أي إرادتها خلعه أي

= مرتكبوه بالامتيازات الخاصة بالجرائم السياسية أو المجرمين السياسيين (بل هم أولى بها) كل ما هنالك أنه لا يليق وصفهم بأنهم "بغاة"، لكن هذه التسمية تاريخية من عهد الخوارج. أما إذا كان من خرجوا عليه حاكما غير شرعي أو غير عادل، فإن الباغي في الحقيقة هو الظالم الذي ثاروا أو خرجوا عليه، والذي نرى أن جرائمه تكون عادية وليست من نوع الجرائم التي تستحق معاملة خاصة ...

ويشـــير إلى أن فقيهـــنا يقـــول إن أهل السنة لا يفرقون بين الحالتين، ونحن نرى أن رأي الجعفرية أقرب للصواب بالمعنى الذي أوضحناه، وأن الرأي الذي يشير إليه فقيهنا في المتن ليس محل إجماع أهل السنة ...

---

(١) الشرح الكبير الجزء العاشر ص/٤٩ ...

(٢) الخليفة أو الإمام الذي ليس بعده إمام، أو الرئيس الأعلى للدولة الإسلامية ...

(٣) الأحكام المتعلقة بالله هى الأحكام المتعلقة بصيانة صالح الجماعة، والأحكام المتعلقة بآدمي هى ما وضع لصيانة مصلحة الأفراد ...

(٤) الرأي الغالب في المذاهب الأربعة أن الإمام لا ينعزل بالظلم والفسق وتعطيل الحقوق، ومن ثم فلا يجب الخروج عليه بقصد عزله وتولية غيره؛ لأن إباحة الخروج عليه تدعو إلى عدم الاستقرار وكثرة الفتن والثورات واضطراب أمور الناس. والأقلية ترى أن للأمة خلع الإمام وعزله بسبب يوجبه، وأنه ينعزل بالفسق والظلم وتعطيل الحقوق، فإذا وجد من الإمام ما يوجب اختلال أموال المسلمين، وانتكاس أمور الدين كان للأمة خلعه كما كان لهم نصبه لانتظام شئون الأمة وإعلائها. وإذا أدى خلعه إلى فتنة احتمل أدنى المضرتين، وهناك من يرى خلعه إذا لم يستلزم فتنة. وروي عن مالك أنه قال : من قام علي إمام يريد إزالة ما بيده إن كان (أي المقوم عليه) مثل عمر بن عبد العزيز وجب على الناس الذب عنه والقيام معه أما غيره فلأدعه وما يراد منه ينتقم الله من ظالم بظالم. راجع شرح الزرقاني الجزء الثامن ص/٦٠، وحاشية ابن عابدين الجزء الثالث ص/٤٢٩، والأحكام السلطانية (ص/١٤)، والإقناع الجزء الرابع ص/٢٩٢ .

عوده عزله لحرمة ذلك عليهم وإن جار [1] -٤٨- ...

وإذا كان الفقهاء قد اصطلحوا على تسمية فريق الخارجين بالبغاة، فإنهم يسمون الفريق الآخر الذي لم يخرج عليه بأهل العدل ...

الصدر ... تعليق "رقم -٤٨-" كما يرى ذلك أكثر فقهاء المذاهب الأربعة. وأما عند فقهاء الجعفرية، فالحاكم إن كان هو أحد الأئمة الاثنى عشر فلا يمكن صدور الجور منهم لعصمتهم الثابتة بالأدلة العقلية والنقلية المذكورة في علم الكلام، وإن كان الحاكم من غيرهم في زمان غيبة قائمهم (ع) فلا خلاف بين فقهاء الجعفرية في انعزال الحاكم بالجور لأنه يصبح فاسقا ويخرج عن العدالة التي تُعَدّ شرطا في الحاكم عندهم، ويوافقهم على هذا الرأي الظاهرية وبعض المالكية كما سنعرف ذلك في الجزء الثاني من هذا الكتاب. ويشهد لهذا الرأي مجموعة من النصوص رواها حفاظ أهل السنة والجماعة. ففي الجزء الثالث من كنز العمال ص/١٧٢ عن عبد الله بن مسعود أن رسول الله ﷺ قال له : "كيف بك يا أبا عبد الله إذا كان عليك أمراء يطفئون السنة ويؤخرون الصلاة عن ميقاتها ؟ ".

قلت : فكيف تأمرني يا رسول الله ؟ قال ﷺ : " يسألني ابن أم عبد كيف يفعل ... لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق ..."

وفي ص/١٧٠ من الكتاب نفسه عن حذيفة أن النبي ﷺ قال : " سيكون عليكم أمراء يكذبون ويظلمون فمن دخل عليهم فصدقهم بكذبهم وأعانهم على ظلمهم فليس مني ولا أنا منه ولن يرد عليّ الحوض، ومن لم يدخل عليهم ولم يصدقهم بكذبهم ولم يعنهم على ظلمهم فهو مني وأنا منه... ".

وروي ما يقرب من هذا عن خباب، وابن عباس، وأبي سعيد، وابن عمر، وكعب ومن الواضح أن الأمر بمقاطعة الحكام الجائرين يدل عرفا على سقوطهم عن الحاكمية في نظر الشرع.

الشاوي ... رأينا في "تعليق -٤٨-" ما أشار إليه السيد الصدر من أن فقه السنة لا يفرق بين الخروج على الإمام العادل وغير العادل هو فقط فيما يتعلق بتطبيق القواعد الخاصة بالجرائم السياسية التي تمنح معاملة أخف لمن يخرجون على الجميع. أما وصف البغاة وشروط العقاب على مجرد الخروج أو المقاومة فهذا موضعه سيكون عند دراسة هذه الجريمة في القسم الخاص.

إن الفرق بين الحالتين يكون فقط في القول بتوافر أركان جريمة (البغي) في الحالة الأولى وعدم توافرها في الحالة الثانية، وهنا يثور الخلاف في الفقه بشأن شروط جواز مقاومة الإمام المغتصب أو الباغي أو الفاسق، ومجال هذا البحث هو دراسة أحكام هذه الجريمة في القسم الخاص ...

---

(١) شرح الزرقاني على مختصر خليل الجزء الثامن ص /٦٠ ...

❁ 76، 77- البغي خروج أو ثورة علي السلطة القائمة بناء علي "تأول" شرعي - سواء كانت السلطة القائمة شرعية أو لا :

العبرة فى وصف الجريمة بأنها سياسية هو "التأول"، أى ادعاء وجود مبرر شرعى للخروج أى الثورة على السلطة القائمة الذى يصل إلى حد الثورة أو الحرب الأهلية. أما الجرائم العادية مثل القتل أو إلقاء القنابل أو غير ذلك من أعمال العنف التى ترتكب لغرض سياسى دون وجود حالة عامة يمكن وصفها بأنها انتفاضة أو ثورة أو حرب أهلية - فهى جرائم عادية "إرهابية" - ويجب التفرقة بينها وبين الجريمة السياسية الشرعية البحتة (فى حالة الخروج أو الثورة) .

إن أمثال تلك الجرائم الإرهابية تطبق عليها القواعد العامة حتى ولو كانت قد ارتكبت لغرض سياسى، طالما أنه لم يكن هناك خروج أو حرب أهلية أو ثورة، وأستشهد على ذلك بما حدث لقاتل سيدنا على بن أبى طالب إذ طبقت عليه القواعد العامة وحكم عليه بالقصاص .

إذن الجريمة السياسية البحتة (هى الخروج أو الثورة) على حكم يَعُدّه الثائرون ظالما أو باغيا أو غير شرعى، ولو كانوا مخطئين، ولو كان الإمام الذى خرجوا عليه شرعيا مثل سيدنا على .

* * *

إننا نرى أن فقهاءنا عندما ذكروا "الإمام" قصدوا من ذلك الإشارة إلى من له هذه الصفة شرعا؛ أى أن يكون قد تولى السلطة بالطريق الشرعية الصحيحة (وهى الشورى الحرة أو المرشح بالوصية ممن تولى بالشورى الحرة) .

أما من اغتصب السلطة بالقوة والغلب، فإنه "مسكوت" عنه، ولم يجد كثير من الفقهاء داعيا للخوض فى حكمه. ربما لأن آراءهم قد تغضب بعض "سلاطين" زمانهم.

وصفة "الأعظم" يقصد بها الخليفة الذى يمثل الأمة الإسلامية كلها، أما من عداه من الأمراء والسلاطين أو الولاة .... فإنهم أيضا "مسكوت" عنهم .

وقد راعى الفقه فى ذلك أن كلمة بغى وبغاة فى ذاتها تدل على أن الأصل أن الجريمة المعاقب عليها هى الخروج على وضع "شرعى صحيح" .

❁ الضمانات المقررة لمن يخرجون بتأول شرعي علي إمام شرعي يتمتع بها الخارجون علي من يمارسون سلطة فعلية من باب أولى، بل إن من يستولون علي السلطة الفعلية بالقهر والغلب دون شورى حرة يمكن عَدُّهم بغاة لكن لا يتمتعون بالضمانات المقررة للبغاة بتأول شرعي :

لكن الأحكام التى تقرر ضمانات أو امتيازات لهؤلاء "البغاة" تطبق من باب أولى على من يخرجون على وضع غير شرعى، بل قد توصف السلطة التى يخرجون عليها بأنها باغية.

ثم إن ما يرتكبه المستبدون المغتصبون للسلطة بدون سند شرعى لكى يفرضوا سلطانهم ويتمتعوا بثمار اغتصابهم أطول مدة ممكنة فهذه جرائم عادية ولا تطبق عليها أحكام الجرائم السياسية – ولا يعامل مرتكبوها المعاملة الخاصة بالثائرين .....

﴿عوده﴾ ٧٨ ـ الشروط التي يجب توافرها في المجرمين السياسيين أو البغاة :
نستطيع أن نستخلص من تعريف البغاة ومما سبق الشروط التي يجب توافرها في المجرم وعمله ليُعَدّ مجرما سياسيّا أو باغيا :

أولا : الغرض من الجريمة : يشترط أن يكون الغرض من الجريمة إما عزل رئيس الدولة أو الهيئة التنفيذية، وإما الامتناع عن الطاعة. فإذا توافر الغرض على هذا الوجه مع توافر الشروط الأخرى كانت الجريمة سياسية والمجرم سياسيّا. أما إذا كان الغرض من الجريمة -٤٩- إحداث أي تغيير يتنافى مع نصوص الشريعة كإدخال نظام غير إسلامي يخالف النظام أو تمكين دولة أجنبية من التسلط على البلاد، أو إضعاف قوة الدولة أمام غيرها من الدول، إذا كان الغرض من الجريمة شيئا من هذا أو مثله، فإن الجريمة لا تكون بغيا أي سياسية، وإنما هي إفساد في الأرض، ومحاربة لله ورسوله، وهي جريمة عادية قررت لها الشريعة عقوبة قاسية [1] -٥٠- ...

﴿الصدر﴾ ... تعليق "رقم -٤٩-" ومن حملهم السلاح والإخلال بالأمن، وإخافة الناس ...

﴿الشاوى﴾ ... رأينا في تعليق "رقم -٤٩-" يذكرنا السيد الصدر بما قلناه من قبل من أن الجريمة لا تُعَدُّ سياسية في فقهنا إلا إذا وقعت في حالة ثورة فعلية وصفها بأنها: "حمل سلاح، والإخلال بالأمن وإخافة الناس". فلا يكفي الغرض السياسي "عزل رئيس الدولة، ورفض طاعته .."،كما ورد في أقوال فقيهنا في المتن. ونحن نلاحظ أن فقيهنا أضاف: "مع توافر الشروط الأخرى".

﴿الصدر﴾ ... تعليق "... رقم -٥٠-" لأنها وإن كانت من أقسام البغي، غير أن العقوبة تشتد نظرا إلى الظرف الخاص الذي وقعت فيه ...

﴿الشاوى﴾ رأينا "... تعليق -٥٠-" يؤيد السيد الصدر ما قاله فقيهنا في المتن من وجوب التفرقة بين جرائم البغي التي تُعَدُّ سياسية في فقهنا، وبين جرائم "الفساد في الأرض" التي لا تتوافر فيها الشروط التي أفاضوا فيها، وخاصة منها ما يكون هدفها إدخال نظام غير إسلامي أو معاونة قوى أجنبية ضد المسلمين "ونضيف نحن لها معاونة المستبد المغتصب للسلطة بدون أساس شرعي من الشورى والالتزام بالشريعة" وبذلك يمهد للشرط الثاني وهو أن يكون أساس الخروج "تأول" أي حجة شرعية ...

وإشارته إلى أن جريمة الفساد في الأرض تشدد عليها العقوبة تؤيد ما ذكرناه مرارا من أن أحكام الجرائم السياسية يقصد بها تخفيف الأحكام الشرعية على هذه الجرائم متى توافرت الشروط التي ذكرناها تشجيعا للخارجين على وقف القتال وحقن دماء الناس الذي يصاحب الثورات والحروب.

(١) أسنى المطالب الجزء الرابع ص :١١١/١١٢، المغني الجزء العاشر ص /٥٢، نهاية المحتاج الجزء السابع ص/٣٨٢، البحر الرائق الجزء الخامس ص/١٥١ .

‹عوده› ثانيـا : الـتأول : يشترط في البغاة أي المجرمين أن يكونوا متأولين، أي أن يدعـوا سببا لخروجهم ويدللوا على صحة ادعائهم، ولو كان الدليل في ذاته ضعيفا كادعـاء الخارجين على الإمام علي بأنه يعرف قتلة عثمان ويقدر عليهم ولا يقتص مـنهم لمواطأته إياهم، وكتأول بعض مانعي الزكاة في عهد أبي بكر بأنهم لا يدفعون الزكاة إلا لمن كانت صلاته سكنا لهم طبقا لقوله ﷻ: ﴿خذ من أموالهم صدقة ...﴾ إلى قوله ﷻ : ﴿وصل عليهم إن صلاتك سكن لهم﴾ [التوبة:١٠٣]. فإذا لم يدعوا سـببا للخروج أو ادعوا سببا لا تقره الشريعة إطلاقا كأن طلبوا عزل رئيس الدولة دون أن ينسـبوا إليـه شيئا، أو طلبوا عزله لأنه ليس من بلدهم، فهم قطاع طريق يسـعون في الأرض بالفساد ولهم عقوبتهم الخاصة وليسوا بأي حال بغاة أو مجرمين سياسيين(١) -٥١- ...

ثالثا : الشوكة يشترط في الباغي أي المجرم السياسي أن يكون ذا شوكة وقوة لا بنفسـه بل بغيره ممن هم على رأيه، فإن لم يكن من أهل الشوكة على هذا الوصف

[الصدر] تعليق "... رقم -٥١-" وليسوا بأي حال بغاة أو مجرمين سياسيين فلا يكونون من البغاة وفقا لـلرأي السـائد عند الجعفرية القائل بأن وجود الشبهة عنصر ضروري في الباغي وما يتميز به من أحكام عن سائر المحاربين. وخالف في ذلك فقيه عصره الشيخ محمد حسن النجفي في كتابه جواهر الأحكـام قائلا إن أهل البصرة وأهل الشام كانوا بغاة دون شك في محاربتهم لأمير المؤمنين صلوات الله عليه بالرغم من عدم وجود شبهة لديهم، ولكن الأرجح هو الرأي الأول المشهور ...

وأمـا هـؤلاء الخارجون على أمير المؤمنين (ع) فقد عرفنا آنفا شبهتهم الباطلة التي كانوا يتمسكون بها.

[الشاوى] رأيـنا فى "...تعليق رقم -٥١-" يؤيد ما قاله فقيهنا من إخراج قطاع الطرق وأمثالهم الذيـن يعملون لأغراض خاصة من نطاق الجرائم السياسية التي تستلزم وجود شبهة من ادعاء تأويل شرعي للخروج رغم أنهم يسمون (بغاة) لأن أحكام جريمة البغي شيء، وأحكام الجرائم الـتي ترتكب في حالة الثورة (أي البغي) شيء آخر عندما تكون لأهداف سياسية تعتمد على حجج شرعية (تأول) ..

---

(١) البحر الرائق الجزء الخامس ص/ ١٥١- ١٥٤ شرح الزرقاني الجزء الثامن ص/٦٢ نهاية المحتاج الجزء السابع ص/٣٨٢،٣٨٣ المغنى الجزء العاشر ص/٤٩ .

عوده فلا يُعَدّ مجرما سياسيا ولو كان متأولا [1] -٥٢- ...

رابعا : الثورة والحرب: ويشترط بعد ذلك كله أن تقع الجريمة في ثورة أو حرب أهلية اشتعلت لتنفيذ الغرض من الجريمة، فإن وقعت الجريمة في غير حالة الثورة أو الحرب الأهلية فهي ليست بغيا أي جريمة سياسية، وإنما هي جريمة عادية يعاقب فاعلها بالعقوبة العادية المقررة لها. وتلك هي سنة على بن أبي طالب في الخوارج، فلقد عرض قوم من الخوارج به، فنادوا وهو يخطب على منبره : لا حكم إلا لله، يعرضون به؛ لأنه قبل التحكيم، فرد علي من منبره قائلا : كلمة حق أريد بها باطل، لكم علينا ثلاث :

الصدر ... تعليق "رقم -٥٢-" كما ذهب إلى ذلك مشهور فقهاء الجعفرية، وأنكر بعضهم الشرط المذكور منهم الفقيه الكبير الشيخ محمد بن مكي العاملي في كتاب " اللمعة" والعلامة الفقيه الشيخ زين الدين العاملي في كتابيه "الروضة" و "المسالك"...

الشاوى ... رأينا "تعليق -٥٢- " يقول السيد الصدر إن الرأي المشهور عند فقهاء الجعفرية يماثل ما قاله فقيهنا بالمتن من اشتراط "الشوكة "، وإن كان هناك رأي آخر أشار إليه لا يستلزم هذا الشرط، وهذا القول هو الذي تسير عليه القوانين الوضعية حيث تعُدّ الجرائم سياسية ولو لم تقع في حالة ثورة، وكذلك لو لم يكن مرتكبها ذا شوكة أي جماعة تؤيده وتناصره ...

الفرق بين الرأيين أن مبرر التخفيف في حالة الثورة والشوكة هو إعادة السلم والأمن لعامة الناس الذين يتضررون من أعمال الثوار ومن يقاومونهم برغم أنهم ليسوا طرفا في المشكلة عادة ...

أما المبرر في الرأي الثاني فهو أن مرتكب هذا النوع من الجرائم لا يعمل لغرض ذاتي أو شخصي، وإنما يعتقد "صوابا أو خطأ" أنه يعمل لغرض عام ويستند إلى تأويل أو مبرر شرعي "صحيح أو خاطئ" فهو يستحق لذلك معاملة خاصة ...

ونحن نرجح هذا الرأي وإن لم يكن هو المشهور عند الشيعة ولا السنة، وأنه يلزمنا بإسقاط الحد في القصاص تطبيقا لمبدإ درء الحدود بالشبهات؛ لأن هذه الحالة هي في نظرنا إحدى الشبهات التي تسقط الحد والقصاص ...

ويلاحظ أن أحكام الجريمة السياسية مصدرها الأول لدى الشيعة والسنة ما قرره الإمام على بن أبي طالب في مواجهة ما قام به الخوارج من أنصاره الذين قاوموه وخرجوا عليه بحجج شرعية استندوا عليها ...

---

(١) نهاية المحتاج الجزء السابع ص/٣٨٥ ...

(عوده) لا نمـــنعكم مســـاجد الله أن تذكـــروا فيها اسم الله، ولا نبدؤكم بقتال، ولا نمنعكم الفيء ما دامت أيديكم معنا، أي ما دمتم لم تثوروا علينا[1] ...

(١) المغنى الجزء العاشر ص / ٥٨، الشرح الكبير الجزء العاشر ص:٧٢/٧١، أسنى المطالب الجزء الرابع ص/١١٢، نهاية المحتاج الجزء السابع ص/٣٨٤ ..

78 - شروط الجريمة السياسية :

الشرط الأول الذى ذكره: يستبعد من المجرمين السياسيين من لهم أهداف تتعارض مع العقائد أو المبادئ الإسلامية أو مع الشريعة؛ وهؤلاء هم "المفسدون فى الأرض" ولاينظر إلى خروجهم على أنه "جريمة سياسية" حتى ولو وصفت جريمتهم بأنها "بغى".

الشرط الثانى: يستلزم أن يكون خروج البغاة بناء على "تأول"، أى سند منسوب للشريعة ذاتها (خطأ أو صوابا)، وعلى ذلك إذا كان غرضهم الحصول على مال أو مغانم أو التعصب لشخص له عصبية معينة فقط دون ادعاء سند شرعى. فهؤلاء أيضا مفسدون فى الأرض تطبق عليهم القواعد العادية وليست جرائمهم سياسية وإن كانت جريمتهم توصف بأنها بغى .

الشرط الثالث: هو الشوكة، أى صدور الخروج من جماعة تعلن المقاومة والخروج وتبرره بسند شرعى لامن فرد ولا جماعة ليس لها تأول أى لاتدعى أن لها سندا شرعيا .

والرابع: هو وجود مناخ فى الأمة يوصف بأنه حالة ثورة أو حرب أهلية، لأن هذه الحالة هى التى تبرر المعاملة الخاصة التى فرضها الفقه للبغاة بقصد منع أو تفادى استمرار سفك دماء الأبرياء وتمزق المجتمع .... ولو اقتضى ذلك معاملة خاصة لهؤلاء "الثوار" رغم وصفهم بأنهم "بغاة" .

ولاشك فى أن وصفهم بأنهم بغاة يشير إلى ماذكرناه سابقا (فى تعليقنا على البند 77) من أن الحالة التى تستحق هذه الأحكام هى فى الأصل حالة من يخرجون على "إمام" شرعى تولى منصبه بطريق شرعى مثل الإمام على ــ ولكنها تطبق على من يخرجون على غيره من باب أولى .

وقد بينا أن معنى ذلك أن من يخرجون على من هو دون ذلك من مغتصبى السلطة بالقوة والبغى يستحقون هذه المعاملة كحد أدنى وإن كان يصعب وصفهم فى جميع الأحوال بأنهم "بغاة" – لأن من خرجوا عليه قد لايستحق الوصف بالإمامة شرعا – لأنه مغتصب للسلطة وهو أحق بالمعاقبة على البغى أو الفساد فى الأرض ولايستحق المعاملة الخاصة المتميزة التى تقرر للجريمة السياسية .

واشتراط الشوكة لتطبيق هذه المعاملة المخففة التى يقررها الفقه لهؤلاء "الثوار" أو الخوارج (رغم وصفهم بأنهم "بغاة") إنما قصد به الإشارة إلى أن هذه "الامتيازات" لم تقرر لصالحهم وإنما اقتضتها مصلحة الأمة أو الجمهور الذى يقاسى من سفك الدماء ويفضل فقهاؤنا وقف هذا النزيف ولو اقتضى ذلك بعض "التنازلات" التى أعطيت للمجرمين "السياسيين" أو الخوارج .

〈عوده〉 ٧٩ *حقوق "البغاة" ومسئوليتهم قبل الثورة:* للبغاة أن يدعوا إلى ما يعتقدون بالطريق السلمى المشروع، ولهم الحرية فى أن يقولوا ما يشاءون فى حدود نصوص الشريعة، وللعادلين أن يردوا عليهم ويبينوا لهم فساد آرائهم. فإذا خرج أحد من الفريقين فى قوله أو دعوته على النصوص الشرعية عوقب على جريمته بحسبانها جريمة عادية، فإن كان قاذفا حد، وإن كان سابّا عزر، وإن ارتكب أحد البغاة أى جريمة عوقب عليها بحسبانها جريمة عادية [1]...

وللبغاة حق الاجتماع، فإذا تحيزوا أو اجتمعوا فى مكان معين، فلا سلطان لأحد عليهم-٥٣- ما داموا لم يمتنعوا عن حق أو يخرجوا عن طاعة.-٥٤- وهذه أيضا سنة على ابن أبى طالب فى الخوارج، فقد اعتزلت طائفة من الخوارج عليّا عليه السلام بالنهروان فولى عليهم عاملا أقاموا على طاعته زمنا وهو لهم موادع إلى أن قتلوه، فأنفذ إليهم على: أن سلموا إلى قاتله، فأبوا، وقالوا كلنا قتله. فلما خرجوا عن الطاعة وجاهروا بالعصيان قاتلهم على[2] ...

الصدر تعليق "رقم ٥٣-" إذا لم يخش منهم على الكيان الإسلامى وعلى المسلمين ولم يكن فى تركهم سببا لشوكتهم وقوتهم، وفى هذه الحالة تجوز موادعتهم. ولا تجوز موادعتهم والسكوت عنهم إذا خيف من مضاعفات هذه الموادعة وما تؤدى إليه من تقوية جانبهم وإضعاف جانب الحق والعدل ..

الشاوى رأينا فى "تعليق -٥٣-" يضيف السيد الصدر تحفظات على ما قاله فقيهنا فى المتن من إعطاء الثوار (الخارجين على السلطة القائمة) الحرية فى الدعوة لرأيهم ...

وأساس هذه التحفظات أن السيد الصدر يقصر كلامه على البغاة الخارجين على إمام شرعى ولايته صحيحة، وهنا فقط يمكن قبول شروطه ...

لكن رأى فقيهنا والسنة عامة يفترضون أن الجريمة تكون سياسية من باب أولى إذا كان الخروج على حاكم مغتصب مستبد، ولذلك لا يعطون له الحق فى حرمان من يعارضونه من الدعوة السلمية زاعما أن نظامه إسلامى، وهذا زعم غير صحيح فى أكثر الأحيان ...

لذلك نرى أن الأولى هو ما قاله فقيهنا ...

الصدر ..تعليق "رقم ٥٤-" ولم يكن تركهم سببا لتقويتهم، أو باعثا للوهن فى صفوف أهل الحق.

---

(١) الأحكام السلطانية ص/٥٨، المغنى الجزء العاشر ص/٦٠، أسنى المطالب الجزء الرابع ص: ١١٢- ١١٤ نهاية المحتاج الجزء السابع ص / ٣٧٦ .

(٢) الأحكام السلطانية ص / ٤٨، البحر الرائق الجزء الخامس ص / ١٥٢، المغنى الجزء العاشر ص/ ٥٣ – ٥٨ نهاية المحتاج الجزء السابع ص / ٣٨٣

عوده ويشترط مالك والشافعي وأحمد أن يبدأ أهل البغى بالقتال حتى يقاتلوا أهل العــدل، وفى هــذه الحال تستحل دماؤهم.-٥٥- أما أبو حنيفة فيكتفى بتجمعهم وامتناعهم ويرى فى ذلك ما يكفى لقتالهم .[١]

الصدر ... تعــليق "رقم -٥٥-" ويؤيد ذلك عدة نصوص رويت عن أمير المؤمنين (ع) كما تشهد به سيرته العادلة، فإنه لم يكن يبدأ البغاة بالحرب فى معاركه الثلاث: "الجمل وصفين والنهروان" ..

الشاوى ... رأيــنا "فى تعــليقى رقمــى-٥٤-و-٥٥-" يضيف السيد الصدر شروطا من عنده للاعــتراف للــثوار بحق الاجتماع، ونخشى أن يستغلها من بيدهم السلطة من المغتصبين المستبدين لحــرمانهم مــن هذا الحق الذى قرره الإمام على بن أبى طالب نفسه (حسب قوله) وتبعه الفقه فى ذلك، لذلك لا نوافق عليها ...

وقــد ســبق أن قلــنا بذلك فى مناقشتنا للتعليق رقم (٥٣) الخاص بحق الدعوة وحرية القول السلمى..

---

(١) ٤١١ ج /٤ شرح فتح القدير ...

يلاحظ أن الفقه تناول موضوع البغى على أنه ناتج عن نزاع سياسى بين فريقين، أحدهما وصفه بأنه أصحاب السلطة ويسموهم "أهل العدل" والثانى هم الخارجون على السلطة القائمة "أهل البغى" للأسباب التى شرحناها، بحسبان أن هذه هى الحالة العادية فى نظرهم ... حيث المفروض فى الأمة الإسلامية أن يكون نظامها شرعيّا صحيحا. وإذا كان الواقع قد اتسع لغير ذلك، فإن هذه الأحكام تسرى عليه من باب أولى. وإن كانت هذه التسميات تخالف الواقع .

وسنتابع أحكام هذا النزاع قبل القتال سواء سمى ثورة أو حربا أهلية، ثم أثناء الاقتتال وأخيرا بعد انتهائه .

(أ) فى المرحلة الأولى مرحلة المعارضة السياسية والدعوة السلمية – وفيها يسوى الفقه بين الفريقين المتنازعين – ويعدل بينهما ويعطى لكل فريق الحق فى الدعوة إلى مايعتقده "بالطريق السلمى المشروع" وأن للجميع أن يقولوا مايشاءون فى حدود نصوص الشريعة وآدابها وأحكامها .

وفى هذه الفترة إذا خرج "أحد الفريقين" فى قوله أو دعوته على النصوص الشرعية، طبقت عليه أحكام الشريعة العادية وعوقب على مايرتكبه من جرائم على أنها جرائم عادية سواء كانت سبّا أو قذفا أو ضربا أو قتلا ..... وهكذا .

ويتصل بحق الدعوة حق الاجتماع، فلا يجوز حرمان أى فريق منه، طالما أنه لم يعلن الخروج عن الطاعة أو يعتد على حق أحد .

وظاهر أن كثيرا مما قرره الفقه لهذه المرحلة مستمد من موقف الإمام على بن أبى طالب مع الخوارج، فإنه لم يحرمهم من الدعوة، ولم يمنعهم من الاجتماع بل ولّى عليهم عاملا "أقاموا على طاعته زمنا وهو لهم موادع" .

وعندما اعتدوا على عامله وقتلوه، طبق عليهم أحكام القصاص المقرر للجرائم العادية، وطالبهم بتسليم القاتل ليقتص منه، فخرجوا ورفضوا تسليمه وتضامنوا معه. ومنذ تلك اللحظة بدءوا "البغى" أو الثورة أو الخروج، أى الحرب الأهلية ضد صاحب الولاية والسلطة القائمة – وهى هنا ولاية الإمام على بن أبى طالب – الخليفة والإمام الشرعى وولايته شورية صحيحة .

عوده ٨٠ حقوق "البغاة" ومسئوليتهم أثناء الثورة وما بعدها : فإذا اشتعلت الثورة أو قامت الحرب الأهلية كان على ولى الأمر أن يقصد من القتال ردع البغاة لا قتلهم وإفناءهم وأن يقاتل من أقبل منهم ، ويكف عمن أدبر وهرب وأن لا يجهز على جريحهم، وأن لا يقتل أسيرهم[1] أو من ألقى سلاحه منهم-٥٦- وأن لا يصادر أموالهم -٥٧- وأن لا يستولى على نسائهم وأولادهم لأن رسول الله ﷺ يقول : "منعت دار الإسلام ما فيها"[2]-٥٨- .

الصدر ... تعليق "رقم -٥٦- " لا خلاف فى ذلك بين المسلمين فيمن ألقى سلاحه منهم، وأما أسيرهم فإن كان ممن لا يصلح للقتال فلا يجوز قتله قولا واحدا، وأما إذا كان ممن يمكن استغلاله فى القتال فهناك من يقول من فقهاء الجعفرية بجواز قتله، ومنهم من يقول بعدم الجواز، وثالث يفرق بين ما إذا كانت للبغى فئة يمكنه أن يلجأ إليها فيجوز قتله، وبين ما إذا لم تكن هناك فئة كذلك فلا يجوز قتله، وإن كان الواجب سجنه طيلة مدة الحرب دون خلاف.

وأما الإجهاز على الجريح والإلحاق بالمدبر والهارب الحامل لسلاحه، فالرأى المعروف جواز ذلك إن كان للجريح والهارب فئة يمكن أن تقوى بالالتحاق بها، وإلا فلا يجوز الإجهاز ولا الإلحاق.

الصدر ... تعليق "رقم ٥٧-" إذا لم تكن مما يحتويها المعسكر...

الصدر ... تعليق "رقم -٥٨-" وأما أموالهم التى حواها المعسكر فللفقهاء الإمامية فيها قولان:

أحدهما: جواز الاستيلاء عليها وهو قول السيد المرتضى وجماعته، والآخر : أن للإمام أن يستولى على ما فى المعسكر ويقسمه بين المقاتلين خاصة، وهو قول الشيخ الطوسى وجماعته ويعتمد هؤلاء على ما جاء فى الحديث عن سيرة على (ع) مع بعض البغاة، إذ قسم أموالهم التى حواها المعسكر، وهذا الحديث إن صح كان مخصصا للحديث النبوى السابق وما جرى مجراه، إلا أنه لم يثبت عند الفريق الأول. وأما فقهاء السنة فالمعروف بينهم عدم السماح للإمام بمصادرة أى شىء من أموال البغاة وإن جاز له الاستعانة بسلاحهم وكراعهم حال الحرب على أن يرجعه إليهم بعد ذلك.

الشاوى رأينا فى "تعليقات رقم (٥٦+٥٧+٥٨)" ظاهر أنه يفترض دائما أن من ثار عليه الخوارج هو إمام عادل لأن هذه حالة الخوارج فى عهد الإمام على، وهى الحالة الوحيدة لاعتبار الثورة جريمة معاقبا عليها فى نظرهم كما قال مرارا ...

ولاشك فى أنه إذا كان من ثاروا عليه مغتصبا أو فاسقا فإنه يرجح الاعتراف للثوار بكل هذه الحقوق من باب أولى، بل وأكثر منها لأن مقاومة المغتصب حق مشروع، بل قد تكون واجبا وفقهاء السنة يراعون هذه الحالة، وهذا هو سبب اختلافهم مع الشيعة كما أنه سبب تعدد الأقوال واختلافها فى جميع المذاهب كما يشير فى هذه التعليقات ...

---

(١) يرى أبو حنيفة قتل الأسير إذا اقتضت المصلحة ذلك على خلاف باقى الأئمة ص/١٥٣، البحر الرائق ج/٥.

(٢) الأحكام السلطانية ص/٤٩، البحر الرائق ج/٥ص/١٥٢ :١٥٣، المغنى ج/١٠ص/٦٣، نهاية المحتاج ج/٧ص/ ٣٨٦، ٣٨٧، شرح الزرقانى ج/٤ص٦١، ٦٢، تبصرة الحكام ج/٢ص/٢٤٩، أسنى المطالب ج/٤ص/١١٤.

﴿عوده﴾ فإذا انتهت حالة الحرب وانطفأت الثورة، وجب على ولى الأمر أن يرد على البغاة أموالهم التى فى يد أهل العدل، وما تلف منها فى غير قتال فهو مضمون على متلفه وأما ما أتلفه أهل البغى فى ثائرة الحرب من نفس ومال فهو هدر، وما أتلفوه على أهل العدل فى غير ثائرة الحرب من نفس ومال فهو مضمون عليهم، وهم مسئولون عنه. وهذا هو الرأى الراجح. أما الرأى المضاد فيرى أصحابه تضمين البغاة ما أتلفوه فى الحرب، وحجتهم أن المعصية لا تبطل حقا ولا تسقط غرما. أما حجة أصحاب الرأى الأول فهى أن الفتنة العظمى وقعت أيام على ومعاوية، فأجمع الصحابة -٥٩- على أن لا يقام حد على رجل ارتكب محرما بتأويل القرآن، ولا

﴿الصدر﴾ ... تعليق "رقم ٥٩-" إنما يكون الإجماع بنظر فقهاء المذهب الجعفرى دليلا شرعيا إذا أصبح طريقا بحصول العلم برأى النبى ﷺ أو الإمام الذى ثبتت عصمته بنظرهم ولا يحصل من إجماع الصحابة العلم المذكور لكون المسألة حادثة بعد زمان النبى ﷺ ولم يحرز أنهم أخذوا الحكم المذكور منه ﷺ إذ لعلهم استندوا إلى آرائهم الخاصة، فإن الصحابة كثيرا ماكانوا يعتمدون على رأيهم واجتهادهم ولم يتقيدوا بالنص، بل كانوا يعرضون عنه فى بعض الحالات. ألم يتخلف قسم من الصحابة عن جيش أسامة بن زيد بما فيهم الخليفتان أبو بكر وعمر مع وجود النص الصريح بالنهى عن التخلف عن جيش أسامة بن زيد؟ فلقد قال ﷺ فيما أورده الشهرستانى فى المقدمة الرابعة من كتاب الملل والنحل، ونقله عنه سماحة الإمام شرف الدين فى كتابه الجليل النص والاجتهاد :

"جهزوا جيش أسامة لعن الله من تخلف عنه". ألم ينه الخليفة الثانى عن متعة الحج مع اعترافه بأن النبى ﷺ قد فعلها؟ ففى كتاب النص والاجتهاد عن مسند الإمام أحمد بن حنبل الجزء الأول ص/٥٠ عن أبى موسى الأشعرى أنه كان يفتى بالمتعة فقال له رجل رويدك ببعض فتياك ، فإنك لا تدرى ما أحدث أمير المؤمنين (عمر) فى النسك بعدك حتى لقيه أبو موسى بعد فسأله عن ذلك فقال عمر قد علمت أن النبى ﷺ قد فعله هو وأصحابه ولكن كرهت أن يظلوا بها معرسين فى الأراك ثم يروحون بالحجيج تعطر رؤوسهم .

وفى حديث آخر عن مسند أحمد الجزء الأول ص/٤٩ أن الخليفة الثانى قال عن متعة الحج هى سنة رسول الله ﷺ . ألم ينه الخليفة الثانى عن متعة النساء مع اعترافه بأنها كانت على عهد رسول الله ﷺ وعهد أبى بكر؟ فقد استفاض عن الخليفة الثانى أنه قال : متعتان كانتا على عهد رسول الله و أنا أنهى عنهما وأعاقب عليهما متعة الحج ومتعة النساء ...

وممن نقل عنه هذا القول الفخر الرازى فى تفسيره الكبير حين تفسيره لقوله ﷻ في سورة [النساء:٢٤] ﴿فما استمتعتم به منهم فآتوهن أجورهن﴾ إلى غير ذلك من الموارد الكثيرة التى أعرض فيها الصحابة عن النص، واتبعوا آراءهم واجتهاداتهم، فكيف يكون إجماعهم الخاص بعد=

(عوده) يغـــرم مـــالا أتلفه بتأويل القرآن، ويحتجون-٦٠- كذلك بأن البغاة طائفة ممتـــنعة بالحرب بتأويل سائغ، فلا تضمن ما أتلفته على أهل العدل كما لا يضمن أهل العـــدل مـــا أتلفوه، ولأن تضمن أهل البغي يفضى إلى تنفيرهم-٦١- عن الرجوع إلى

= وفاة النبى ﷺ سببا لحصول العلم برأى النبى ﷺ ولم يعلم موافقة الإمام على (ع) وولديه الذين ثبتت عصمتهم عند الشيعة الإمامية بدليل قطعى؟ إن الشيعة الإمامية وإن كانت تحترم صحابة الرسول ﷺ لكون صحبتهم له من أعظم أسباب العز والشرف إلا أن الصحبة لا تلازم العدالة، ولا الاجتهاد بنظرهم، ولو سلمنا عدالتهم واجتهادهم فإن ذلك لا يجعل إجماعهم دليلا شرعيًا لوضوح أن اتفاق جماعة من المجتهدين العدول لا يكون حكما شرعيًا يلزم المسلمين باتباعه، بل يكون حجة على خصوص من يقلدهم ...

(الشاوى) رأينا فى ... "تعليق ٥٩-" نحن نوافقه فى اعتراضه على الإشارة إلى إجماع الصحابة إذا كان المقصود هو الإجماع الكامل المطلق الملزم لجميع الأجيال، وهذا ليس هو المقصود فى هذه الأحوال بل المقصود هو مجرد اجتهاد من أغلبية الصحابة لا يمنع اجتهادا غيره فى أى جيل من الأجيال. وإذا جاز هنا استعمال كلمة الإجماع فهو فى نظرنا إجماع نسبى أو إجماع الجمهور فى زمن معين ومكان معين يمكن للمسلمين أن يتوصلوا إلى رأى يخالفه فيما بعد فهو اجتهاد يمكن مخالفته فى نظرنا ...

لذلك لا نقر أسلوبه فى نقد بعض السوابق المنسوبة إلى الصحابة ونعتقد أن الدافع لها سياسى وليس فقهيا ...

ولا نعتقد أن كثيرين حتى من الشيعة أنفسهم يشاركونه فى الدفاع عن المتعة التى يمكن عدها فى نظرهم مجرد إباحة استثنائية فى حالات تقتضيها ضرورات السفر أو الحرب ...

(الصدر) تعليق ... "تعليق ٦٠-" هذه الحجة تكرار للدعوى بعبارة أخرى ولا برهان فيها على الملازمة بين الامتناع بالحرب المستند إلى التأويل وبين عدم ضمان ما أتلفوه ...

(الشاوى) رأينا فى ... "تعليق ٦٠-" قول فقيهنا إنه لا ملازمة بين الامتناع بالحرب وبين عدم الضمان هو مجرد تعليل لعدم الضمان بأنه يشجعهم على وقف القتال وهو أول مقاصد أحكام الجريمة السياسية ...

(الصدر) ... "تعليق ٦١-" لا يعتمد فقهاء المذهب الجعفرى على مثل هذا الوجه الاستحسانى فى استنباط الأحكام الشرعية، فلا تصلح هذه الوجوه الثلاثة دليلا لأصحاب الرأى الأول وإن كان هو أصح القولين. والدليل الذى نعتمد عليه لإثباته هو سيرة أمير المؤمنين على (ع) مع البغاة فى الجمل وفى النهروان فإنه (ع) لم يضمن أحدا منهم ما أتلفه حال بغيه . وقد ذهب من علماء الشيعة إلى القول المضاد الشيخ أبو جعفر الطوسى فى كتاب الخلاف، واستند إلى عموم ما دل على القصاص، ومن البديهى عدم إمكان التمسك بالعموم المذكور مع الالتفات إلى =

(عوده) الطاعة [1] ...

وإذا كان البغاة لا يسألون عن الجرائم التى ارتكبوها أثناء الثورة من إهلاك للأنفس والأموال فإن لولى الأمر إن لم يعف عن جرائمهم أن يعاقبهم على خروجهم عن الطاعة بعقوبة تعزيرية إن رأى فى ذلك مصلحة، ولكن يشترط أن لا تكون هذه العقوبة القتل عـــند مالك والشافعى وأحمد؛ لأنهم لا يبيحون قتل الجريح ولا الأسير، فأولى ألا يباح قتل المستسلم . أما أبو حنيفة فيبيح قتل الأسير للمصلحة العامة، ويبيح قتل البغاة على أثـــر الظهور عليهم، فالقياس عنده أن يقتل الباغى تعزيرا. وعلى كل حال فإن سلطة القاضـــى فى الجـــرائم التعزيرية واسعة بحيث يجوز له أن يختار العقوبة الملائمة من عدة عقوبات، كما أن لولى الأمر حق العفو عن العقوبة كلها أو بعضها...

= سيرة أمير المؤمنين (ع) التى أشرنا إليها آنفا، فإن السيرة مختصة بهذا المورد، فهى أخص من الأدلة العامة، فيعتمد عليها دون الأدلة العامة ...

(الشاوى) رأينا فى ... "تعليق -٦١-" نحن لا نوافقه فى ترجيحه للأخذ بما ينسبه لسيرة أمير المؤمنين على بن أبى طالب فقط واعتراضه على من يحتجون بالرأى الاستحسانى الذى أدى إليه اجتهادهم؛ لأننا نعتقد أن اجتهادات أمير المؤمنين على بن أبى طالب يسرى عليها حكم اجتهادات الصحابة الآخرين؛ لأن أهل السنة لا يعترفون له ولا لآل البيت بالعصمة التى يتمسك بها الشيعة ويبالغون فى أحكامها ...

صحيح أن اجتهادات الصحابة لها قيمة تفوق اجتهادات غيرهم، لكن لا يجوز نسبة العصمة لهم، ولا حرمان من يأتون بعدهم من الحق فى الاجتهاد والتوصل إلى أحكام تخالف ما نقل عن بعضهم.

---

(١) نهاية المحتاج ج/٧ (ص:٣٨٦/٣٨٧)، البحر الرائق ج/٥ ص : ١٥٣، شرح الزرقانى ج/٨ ص:٦١، ٦٢، الأحكام السلطانية ص/٥٠، أسنى المطالب ج/٤ ص : ١١٤، المغنى ج/ ١٠ ص :٦٠،٦١، الشرح الكبير ج/١٠ ص :٦١،٦٢ .

❁ 80 ـ (ب) حالة الثورة أو الحرب الأهلية ـ الحياد بين الطرفين والمساواة بينهما:

(ب) أول المبادئ المقررة فى هذه الحالة هو أن من يدّعون أنهم أهل العدل لايجوز أن يجعلوا ذلك مبررا لاستئصال من يقاومونهم حتى ولو كانوا هم عادلين فعلا . مثل الإمام على بن أبى طالب .

وإذا وقع قتال، فإنه يجب أن يكون هدفه مجرد "ردع" المقاومين "البغاة" لاقتلهم ولا إفناؤهم – لذلك يجب أن يقاتل المهاجمين فقط ولايطارد من أدبر وهرب – وألا يجهز على جريحهم ولايقتل أسيرهم أو من ألقى سلاحه منهم – وألا يصادر أموالهم ولايستولى على نسائهم وأطفالهم – لأن رسول الله قال "منعت دار الاسلام مافيها".

هذه هى المبادئ التى نفخر بها، لأنها وضعت بكل دقة وتفصيل القواعد الشرعية التى يجب الالتزام بها فى المعارك الداخلية بين أصحاب السلطة (سواء كانت سلطة شرعية أو بالاغتصاب والاستيلاء والقوة من باب أولى) وبين من يعارضونهم ويقاومون سلطتهم حاملين السلاح ضدهم لكنهم متأولون أى مستندون إلى أسباب شرعية. هذه هى المبادئ التى قررها الفقه لهذه المرحلة :

1 – أول هذه المبادئ أن الشريعة يجب أن تكون هى التى يحتكم لها الطرفان ـــ وأن يكونا على قدم المساواة فى الخضوع لمبادئها وأحكامها. فإذا كانت السلطة بيد مغتصب فهو أول من تطبق عليه الأحكام الشرعية .

2 – أن شريعتنا تضمن لجميع الأطراف حق الدعوة لآرائهم وأفكارهم وتقديم حجتهم وأدلتهم المستمدة من الشريعة لامن مجرد الواقع المفروض بالقوة أو القهر أو الأمر الواقع أو السلطة الفعلية .

3 – أن شريعتنا تقر للجميع بحق التجمع، وهو مايعبر عنه الآن بحق تكوين الهيئات أو الجمعيات أو الأحزاب التى تضم مجموعات لها موقف موحد – سواء كان هذا الموقف صوابا أو خطأ – مع ضرورة أن يستمدوا أدلتهم من الحقوق الانسانية أو الأساسية التى تقرها شريعتنا،وليس من بينها بالطبع حق الإلحاد أو التبرؤ من الالتزام بالشريعة أو الاعتراض على من يطالبون بها أو التنكر لعقائد الإسلام ومبادئه الأساسية.

4 – ليس من حق أى فريق أن يرفع شعار استئصال الطرف الآخر بحجة أنهم "طبقة بورجوازية" أو أنهم "مرتدون أو ملحدون" (مثلا) – وتحريم كل مايؤدى إليه ذلك الهدف الاستئصالى المحرم من الاعتداء على من لم يرفعوا السلاح أو الإجهاز على الجرحى أو من استسلموا أو أخذ رهائن من الأقارب أو النساء أو الأطفال ... إلخ .

(جـ) الحكم بعد إنهاء الفتنة والحرب الأهلية :

وعلى ذلك، فإن الذين يأمرون " أجهزة الأمن" بقتل الجرحى أو المقبوض عليهم أو تعذيبهم (ويصدرون الأمر بأنهم لا يريدون معتقلين أو مصابين بل قتلى فقط) هؤلاء خارجون عن الشريعة ولايستحقون وصفهم بأنهم سياسيون ولو كانوا هم أصحاب السلطة الفعلية، ولايجوز أن توصف أفعالهم بأنها جرائم سياسية بل هى جرائم قتل أو تعذيب أو خطف عادية يطبق عليها القانون الجنائى العام .

إن هذه الأحكام يلتزم بها جميع الأطراف على قدم المساواة. وماورد فى حديثه عن "أهل العدل" لايجوز أن يفهم منه أنهم هم فريق الحائزين للسلطة الواقعية، بل الصحيح أن كل فريق فى هذه المرحلة يدعى أنه هو "أهل العدل"، ولاتوجد جهة محايدة تستطيع أن تفصل فى ادعاءاتهم سوى القضاء، لكن حالة الفتنة أو الثورة أو الحرب الأهلية لايمكن استدراج القضاء للفصل فيها إلا باتفاق الطرفين على تحكيم الشرع وبشرط أن يكون القاضى أيضا ملتزما بتطبيق الشرع لابالطاعة للقوى السياسية المفروضة أو الانحياز للسلطة القائمة .

(جـ) بعد انتهاء الثورة أو الحرب الأهلية أو الفتنة – يوصف المنتصر فيها بأنه "ولى الأمر" الفعلى الذى يمارس السلطة بحكم الأمر الواقع الناتج عن "التغلب" والانتصار العسكرى .

هنا يقرر الفقه أن تكون معاملة "المهزومين" بما يأتى :

يجب أن ترد لهم أموالهم – بل إن ماتلف منها فى غير قتال يجب أن تضمنه السلطة (المنتصرة) – على الرأى الراجح .

ثم إن ماأتلفه البغاة (المهزومون) فى ثائرة الحرب من نفس أو مال فهو هدر (أى لايضمنون التعويض عنه ولارده) إلا إذا كان خارج ماسماه (ثائرة الحرب) .

هذا هو الرأى الذى رجحه فقيهنا .

وهناك آراء أخرى أوضحها يفضل المساواة بين الطرفين .

وهو يستشهد على الرأى الذى رجحه بما حدث فى الفتنة بين الإمام على ومعاوية. حيث يقول: "إن الصحابة أجمعوا على ألا يقام حد على رجل ارتكب محرما بتأويل القرآن، ولايغرم (أو يضمن) مالا أتلفه بتأويل القرآن ".... (يراجع النص كاملا فى صـ أ/274 ، أ/275).

۞ القضاء المستقل هو الذى يطبق الأحكام السابقة – وليس للمنتصر حق الانتقام :

أما ماينقله عقب ذلك من أقوال الفقهاء عن حق "ولى الأمر" (الفعلى بعد انتصاره) فى أن يعاقب من خرجوا عليه (المهزومين أو المستسلمين)، فإننا نعتقد أنهم يقصدون حالة الامام الشرعى الذى قضى على المقاومة والفتنة؛ لأننا نَعدّ كل مايقرره الفقه من حقوق لمن يسمونه "ولى الأمر" إنما يقصد به فقط ولى الأمر الشرعى الذى وصل إلى السلطة بالشورى الحرة. أما أن يسمى ولى الأمر لمجرد أنه "غلب" الطرف الآخر وانتصر عليه وفرض سلطته بالعصبية أو القوة، فلا نوافق عليه.

ثم إننا نتساءل عما إذا كان أحد من فقهائنا قد أعطوا لمعاوية والأمويين حقّا شرعيّا فى معاقبة من أيدوا سيدنا على بن أبى طالب أو شاركوا معه فى قتال معاوية وفى مقاومته، لكننا لم نجد من قال بذلك، بل إن الجميع استشهدوا بموقف سيدنا على بالنسبة للخوارج. ونحن نعتقد أنه مهما يكن مافعله الأمويون المنتصرون، فإن فقهاءنا لانعتقد أنهم أقروا لهم بالحق فى فرضه على الناس ولافى معاقبة من أيدوا الإمام على بن أبى طالب.

إننا نعيد ماقلناه مرارا من أن ولى الأمر فى هذه المسائل هم القضاة الشرعيون المستقلون عن السلاطين والأمراء، وأن المهزومين يجب أن يخضعوا لحكم القضاة فى شأن ماارتكبوه قبل الثورة وفى أثنائها وبعدها طبقا للمبادئ التى ذكرناها بالنسبة لمرحلة القتال المسلح، أما بعدها فلا تقر الشريعة للغالبين بأى ميزة للمنتصرين ولو كان ذلك بحجة أنهم كانوا "أولياء الأمر" ولا لمجرد أنهم حصلوا على السلطة لأنهم قضوا على من قاوموهم أو انتصروا عليهم أو أبادوهم .

﴿عوده﴾ ٨١ - *عقوبة البغاة أو المجرمين السياسيين في الشريعة الإسلامية*: ظاهر مما تقدم أن عقوبة البغاة تختلف باختلاف الأحوال. فالجرائم التي يرتكبونها قبل الثورة والحرب أو بعدها يعاقبون عليها بعقوباتها العادية؛ لأنها جرائم عادية لم تقع في حالة ثورة أو حرب. أما الجرائم التي ترتكب فى أثناء الثورة أو الحرب الأهلية، فما اقتضته منها حالة الثورة أو الحرب كمقاومة رجال الدولة وقتلهم؛ والاستيلاء على البلاد وحكمها، والاستيلاء على الأموال العامة وجبايتها، وإتلاف السكك والكباري، وإشعال النار في الحصون ونسف الأسوار والمستودعات وغير ذلك مما تقتضيه طبيعة الحرب - فهذه الجرائم هى الجرائم السياسية، وتكتفي الشريعة فيها بإباحة دماء البغاة، وإباحة أموالهم بالقدر الذي يقتضيه ردعهم والتغلب عليهم. فإذا ظهرت الدولة عليهم، وألقوا سلاحهم عصمت دماؤهم وأموالهم، وكان لولي الأمر أن يعفو عنهم، أو أن يعزرهم على خروجهم لا على الجرائم التي ارتكبوها فى أثناء خروجهم. فعقوبة الخروج إذن هى التعزير، وهو جريمة سياسية، أما عقوبة الجرائم التي تقتضيها حالة الحرب أو الثورة فهى القتل بالشروط التي ذكرناها سابقا ...

هذا هو حكم الجرائم التي تقع فى أثناء الثورة أو الحرب وتقتضيها طبيعة الحرب والثورة. أما الجرائم التي تقع من البغاة ولا تستلزمها طبيعة الثورة أو الحرب، فهذه تُعَدّ جرائم عادية يعاقبون عليها بالعقوبات العادية، ولو أنها وقعت فى أثناء الثورة أو الحرب، كشرب الخمر والزنا، وقتل أحد الثائرين زميلا له أو سرقة ماله[1] ...

---

(١) تكلمنا هنا عن البغي، أي الجرائم السياسية بالقدر الذي يبين الحدود الفاصلة بين الجريمة العادية والجريمة السياسية وبين العناصر الأساسية للجريمة السياسية. أما التفاصيل والدقائق فموضعها الجزء الثاني من كتابنا هذا حين نتكلم عن البغي كجريمة من الجرائم الخاصة ...

❁ 81 – أحكام البغي خاصة بالثوار في حالة الثورة والحرب الأهلية وفى نطاقها:

الأفعال التى ترتكب قبل الثورة أو الحرب الأهلية أو بعدها ليست سياسية، بل تطبق عليها الأحكام العادية وما يكون منها جرائم يؤاخذ مرتكبها ويعاقب بعقوبتها العادية . ومعنى ذلك أن يحاسب من مارسوا السلطة قبل الثورة عن بغيهم إذا كانوا قد استولوا عليها بالقوة والغلب والعنف. لذلك لا يجوز الاعتقاد بأن هذه قاعدة خاصة بمن سماهم "البغاة"، فقد بينا من قبل أن الجميع قبل الثورة يخضعون لهذا المبدإ بمن فيهم من مارسوا السلطة قبل الثورة ومن مارسوها بعدها، فيجب أن تطبق عليهم الأحكام الشرعية بالنسبة للجرائم التى ارتكبوها وأن يعاقبوا عليها. والمختص بذلك هو القضاء الشرعى المستقل عن الدولة وعمن يمارسون السلطة،ولاحق لمن في السلطة فى أى حصانة أو امتياز يمنع خضوعهم للشريعة كغيرهم من الناس.

وإذا كان فقيهنا قد أشار إلى "البغاة"، فلأن الموضوع يتعلق بالأحكام الخاصة بهم قبل الحرب الأهلية أو الثورة وفى أثنائها وبعدها .

وقد سبق أن أشرنا إلى أن البغى الواقع ممن يمارسون السلطة يحاسبون عليه شرعا، وتخضع أعمالهم كلها للأحكام العادية، ولا تُعَدّ جرائم سياسية سواء وقعت منهم قبل الثورة أو الحرب الأهلية أو فى أثنائها أو بعدها .

إن من قاوموا السلطة الحاكمة بناء على تأويل شرعى، قد قرر الفقه لهم امتيازا خاصّا بأعمالهم التى ترتكب فى أثناء الحرب الأهلية أو الثورة. أما ما وقع قبل ذلك أو بعد الثورة فتطبق عليه قواعد العقاب العادية سواء وقع ذلك منهم أو من غيرهم، فالجميع سواء أمام شرع الله وأحكامه الجنائية .

* * *

إذن الأفعال التى تُعَدّ جرائم سياسية يشترط فيها شرطان :

أولهما : أن تكون قد وقعت فى أثناء الحرب الأهلية أو الثورة، وقد ذكر أمثلة عديدة منها،وأن تكون قد اقتضتها حالة الحرب أو المقاومة المسلحة للسلطة القائمة.

أما الشرط الثانى: المفهوم أن تكون هذه الأعمال وقعت من جانب الثوار المتأولين، أما ما وقع من أصحاب السلطة فالراجح أنهم لا يتمتعون بما يقرره الفقه للجرائم السياسية من امتيازات للمقاومين والثوار، وإنما تطبق عليهم القواعد العادية، وإن كان هناك رأى يسوى بينهم وبين الثوار فى المعاملة – وفقيهنا يرجح الرأى الأول – ونحن كذلك .

❁ مسئولية مغتصبي السلطة تطبق عليها الأحكام العادية :

ولتسويغ ذلك يقول : إنه يكفى لردع الثوار أن شريعتنا أباحت لمن يتولون السلطة فعلا أن يحاربوهم ويهدروا دمهم، حسب تعبيره، ولكن بالقدر الذى يقتضيه ردعهم والتغلب عليهم لا بقصد إبادتهم أو استئصالهم كما نشاهده اليوم فى النظم الانقلابية فى بعض الأقطار، حيث يعلن بعض المستبدين أن هدفهم استئصال من يقاومونهم .

– مع ذلك فإن لنا رأيا هو أن إباحة قتال الثائرين إنما تكون حقّا شرعيّا فقط لمن يمارسون السلطة الشرعية المستمدة من الشورى والالتزام بالشريعة . أما الانقلابيون والمغتصبون الذين اغتصبوا السلطة بالقوة والغلب، فلا نرى أن يباح لهم قتل معارضيهم، أو من يثورون عليهم – وإذا كان ذلك يتم التجاوز عنه فعلا أو واقعا وعملا بسبب عدم وجود قوة عليا تستطيع محاكمتهم ومحاسبتهم، فإن ذلك نقص فينا لا يجوز أن ننسبه إلى الشرع، بل الأصح أن الشرع يفرض علينا إقامة سلطة عليا تستطيع محاكمة جميع من يتولون السلطة على تجاوزاتهم سواء تولوا سلطتهم بطريق شرعى أو بطريق غير شرعى من باب أولى. بل إن هذا الصنف الأخير يؤاخذ على اغتصابه للسلطة بغيرالشورى وعلى تعطيل الشريعة واضطهاد من يتمسكون بأحكامها.

وهناك تحفظ أكده فى نهاية البند ونحن نؤيده، وهو أن الجرائم التى تُعَدّ سياسية ويتجاوز عنها فى أثناء الحرب الأهلية أو الثورة هى فقط ما تستلزمه وتقتضيه طبيعة الحرب أو المقاومة المسلحة ذكر منها (فى ص أ/276) مقاومة رجال الدولة وقتالهم، والاستيلاء على البلاد وحكمها، والاستيلاء على الأموال العامة وجبايتها، وإتلاف الطرق والجسور والكبارى، وإشعال النار فى الحصون ونسف الأسوار والمستودعات وهدمها، وأمثال ذلك مما تقتضيه طبيعة القتال والحرب....

أما الجرائم التى لاتقتضيها طبيعة القتال أو المقاومة ولا تستلزمها الثورة أو الحرب الأهلية وخصوصا منها مايقع على المدنيين المسالمين، فتبقى جرائم عادية ويحاسب كل من يرتكبها أيا كان الطرف الذى ينتمى إليه، يستوى فى ذلك الثوار ومن يمارسون السلطة. وقد ذكر أمثلة، منها شرب الخمر والزنا والاغتصاب وقتل أحد الثائرين أو المسيطرين زميلا أو زملاء له للاستئثار بالرئاسة أو السلطة على الثائرين ..... إلخ. ونحن نضيف لذلك كل عمل يقصد به إيذاء المدنيين الأبرياء، الذين لادخل لهم فى المعركة مع السلطة القائمة. أما قول البعض بجواز تعزير الخارجين على السلطة فلا نوافق عليه، وهذا موضوع نعود إليه فى القسم الخاص إن شاء الله.

﴿عوده﴾ ٨٢ - *بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية*: كانت القوانين الوضعية إلى ما قبل الثورة الفرنسية تَعُد الجريمة السياسية أشد خطرا من الجريمة العادية، وكانت تعامل المجرم السياسي معاملة تتنافى مع أبسط قواعد العدالة فتعاقبه بعقوبات قاسية، وتصادر ماله وتأخذ أهله بذنبه، وتحرمه من الحقوق التي يتمتع بها المجرمون العاديون. ثم ابتدأت القوانين الوضعية تغير نظرتها إلى الجريمة السياسية بعد الثورة الفرنسية، وبعد أن كثرت الثورات في البلاد الأوربية، وتعددت الانقلابات في النظم السياسية، فأصبح المجرم السياسي ينظر إليه نظرة عطف وإشفاق، ووضعت للجرائم السياسية عقوبات هى في مجموعها أخف من العقوبات العادية ...

وقد اختلف الشراح في المميز الذي يميز بين الجريمة العادية والجريمة السياسية، فرأى فريق أن المميز الوحيد هو غرض المجرم من الجريمة، فإن كان يرمي إلى تحقيق غرض سياسي فالجريمة سياسية وإلا فهى عادية. وعيب هذا المذهب أنه يحكّم الباعث على الجريمة في تحديد ماهية الجريمة، ويخول للقتلة والسارقين أن يتمتعوا بمميزات لا يصح أن يتمتعوا بها. ورأى فريق آخر أن العبرة في تحديد نوع الجريمة بطبيعة الحق المعتدى عليه بصرف النظر عن الدافع إلى الجريمة؛ فلا تُعَد جريمة سياسية طبقا لهذا الرأي إلا الجريمة التي تمس كيان الدولة أو نظامها. وعيب هذا الرأي أنه يجعل بعض الجرائم التي لا شك في أنها سياسية جرائم عادية، كالجرائم التي ترتبط بأعمال الثورة أو الحرب الأهلية ...

وقد رأى فريق من الشراح أن يفرقوا بين الجرائم التي ترتكب في حالة ثورة أو حرب أهلية، والجرائم التي ترتكب في الأحوال العادية، وعَدُّوا الجرائم التي تقع في الأحوال العادية جرائم عادية ولو كانت الدوافع فيها سياسية، أما الجرائم التي تقع فى أثناء الثورة أو الحرب الأهلية فهى جرائم سياسية إذا كان للجريمة علاقة بالثورة أو الحرب الأهلية، وكانت من الأفعال التي تبيحها الحرب النظامية وإلا فهى جريمة عادية. وهذا الرأي هو الذي أقره معهد القانون الدولي ...

والاتجاه الحديث في القوانين الوضعية يَعُدّ الجرائم الموجهة ضد النظام الاجتماعي، كجرائم الشيوعية والفوضوية، جرائم عادية. كما يعتبر كل الجرائم الماسة باستقلال الدولة جرائم عادية ؛ لأنها تمس الوطن ولا تمس نظام الحكم والحكام، وهذا هو الرأي

﴿عـــوده﴾ الذي أقره معهد القانون الدولي في سنة (١٨٩٢) حيث قرر أنه لا يعد من الجرائم السياسية من حيث تطبيق قواعد تسليم المجرمين الأعمال الجنائية الموجهة ضد النظام الاجتماعي[١] ...

ويتبين مما سبق أن أحدث الآراء في القوانين الوضعية تَعُدّ الجريمة سياسية إذا كانت موجهة ضد الحكام وشكل الحكم الداخلي فقط، لا ضد النظام الاجتماعي ولا ضد الدولة واستقلالها وعلاقتها بغيرها من الدول، وبشرط أن تقع في حالة ثورة أو حرب أهلية، وأن تكون مما تقتضيه طبيعة الثورة أو الحرب. وهذا يتفق تماما مع الحدود التي وضعتها الشريعة للجريمة السياسية من ثلاثة عشر قرنا. ولا فرق بين الشريعة والقوانين في هذه النقطة، إلا أن الشريعة قد سبقت بالتفرقة بين الجرائم العادية والسياسية، وتحديد الجرائم السياسية، وأن القوانين تسير في أثر الشريعة وتأخذ بمبادئها ... .

---

(١) الموسوعة الجنائية ج/٣ص/٤٧:٥٣،شرح قانون العقوبات لكامل مرسي والسعيد مصطفى ص/٧٩-٨٩، القانون الجنائي لعلي بدوي ص:٧٦- ٨٨، القانون الجنائي لأحمد صفوت ص/٧٣:٧٦ ...

82 – الشريعة سبقت القوانين العصرية فى معالجة الجرائم السياسية :

ظاهر أن ما توصلت إليه القوانين العصرية والفقه الحديث من تخصيص أحكام لصالح مرتكبى الجرائم السياسية والاعتراف بصفة المحاربين للثوار قد قررته الشريعة قبلهم بقرون طويلة – بل إن كثيرا مما قررته الشريعة فعلا ما زال أملا يجاهد الشراح المحدثون فى القوانين الوضعية من أجل الوصول إليه .

وفى الوقت الذى كان فيه فقهاؤنا يعلنون هذه المبادئ ويطبقونها، كانت الشعوب الأخرى تَعُدّ الجرائم السياسية أشد خطرا من الجرائم العادية، وكانت تجيز استعمال أشد أنواع القسوة لمعاقبتهم بل وللقضاء عليهم وإبادتهم واستئصالهم . ومازال الحال كذلك فى النظم الانقلابية والدكتاتورية .

لكنا نتحفظ على قوله فى نهاية عرضه (ص أ/293): "إن القوانين الوضعية وشراحها يَعُدّون الجريمة سياسية إذا كانت موجهة ضد الحكام أو شكل الحكم، وبشرط أن تقع فى حالة ثورة أو حرب أهلية، وأن ذلك يتفق مع الحدود التى وضعتها الشريعة للجريمة السياسية" .

ونستلفت النظر إلى أن بحثه فى موضوع البغاة سيكون فى القسم الخاص، وخصوصا أن هناك من يعترضون على وجود حد للبغى[1]. بل إن الأستاذ الدكتور/ العوا يصر على أنه لا توجد جريمة بغى. أما هنا، فالكلام محصور فى المعاملة الخاصة للثوار فى الحرب الأهلية أو الثورة. فالتشابه بين أحكام الفقه والقوانين العصرية وشراحها فى هذا النطاق قد يكون مقبولا، لكن لا يوجد تشابه فيما قرره فقهاؤنا بشأن خضوع أصحاب السلطة لما يخضع له غيرهم من المعارضين قبل الثورة وبعدها، وهو مبدأ أساسى فى شريعتنا التى تلزم الحكام بالخضوع لأحكامها فى جميع الأحوال، على قدم المساواة مع غيرهم – وهو أمر لا تذهب إليه كثير من النظم الوضعية لأن الحكام هم الذين يفرضونها ويحرصون على الاحتفاظ لأنفسهم بحصانات وامتيازات بحجة أنهم يمثلون "الدولة" .

---

[1] مشروع تقنين الحدود الذى أعدته اللجنة العليا لتقنين الشريعة بالأزهر سنة 1976 لم يذكر "البغى" ضمن الحدود، واكتفى بستة جرائم فقط .

وكذلك مشروع اللجنة العليا بوزارة العدل لتقنين الشريعة، ومشروع قانون العقوبات المعدل طبقا لأحكام الشريعة الذى أعدته لجنة مجلس الشعب. وسوف نعلق على هذه المشروعات فيما بعد إن شاء الله (فى المجلد الثالث) .

الظاهر أن أغلب هذه الأحكام مصدره ماقام به سيدنا على بن أبى طالب فى معاملته للخوارج الذين انشقوا عليه وثاروا ضده، وأنه يقصد بها توفير أسباب إنهاء الحرب الأهلية أو الثورة لتأمين المدنيين المسالمين الذين لادخل لهم فى الفتنة لكنهم يتحملون كثيرا من آثارها .

كما أن تسمية "البغاة" ذاتها ووصف السلطة القائمة بأنها "أهل العدل" من مصطلحات هذه الفتنة التى أدت إلى مقتل الخليفة الرابع، ولذلك فإن هذه المعاملة المقررة لمن ثاروا عليه هى الحد الأدنى الذى يجب الالتزام به فى حالة الثورة أو الحرب الأهلية . فهى تقابل مايوصف فى القوانين المعاصرة بأنه حالة الحرب الأهلية، والاعتراف للثوار بصفة المحاربين، فأعمالهم فى أثناء الثورة التى تقتضيها الثورة والقتال هى وحدها التى تعامل هذه المعاملة .

ومع ذلك، فإن تاريخنا قد شهد كثيرا من الثورات ضد من استولوا على السلطة بقوة السيف والعصبية دون شورى ولابيعة حرة، وانتهت بهزيمة الثوار والقضاء عليهم، كما حدث للإمام الحسين بن على وعبد الله بن الزبير وأمثالهم. ولاشك فى أن مثل هؤلاء الذين خرجوا على من عرفوا بالظلم والاستبداد هم أولى بأن تطبق على أعمالهم هذه الأحكام بل ماهو أفضل منها، وأن يطبق على أصحاب السلطة عقاب ما ارتكبوه من جرائم، أولها اغتصاب السلطة دون شورى بناء على العصبية والقوة والبغى والقهر.

لذلك نرجو ألا يُفهم أن صفة "البغى" أو عقوبته (سواء كانت حدّا أو تعزيرا) لاتطبق إلا على من يثورون ضد الحكام أو يقاومونهم، أو أن فقهاءنا لا يرون مؤاخذة الحكام وأعوانهم الذين يبغون على الناس ويظلمونهم باعتبارهم بغاة . بل القصد من ذلك أن جرائم هذا الفريق، أى الظالمين من الحكام وأعوانهم الذين يستخدمون سلطان الدولة للبغى على الناس والقضاء على من يعارضونهم أو يقاومونهم، واستئصالهم، تُعَدّ أفعالهم جرائم عادية فلا يتمتعون بالميزات التى قررها الفقه للجريمة السياسية أى للثائرين.. (المتأولين الذين يُعَدّ هدفهم سياسيّا لأنهم يواجهون سيطرة الحكام وقوة الدولة ويطالبون بحقوق سياسية يعتقدون أن لها سندا شرعيّا) .

أما مجرد الرغبة فى البقاء فى السلطة المغتصبة دون شورى أو احتكارها، فلا يجوز اعتباره هدفا سياسيا بل هو غاية شخصية أنانية تستدعى التشديد لا التخفيف.

إن هذا الصنف من السلاطين الظالمين أو الباغين من أصحاب السلطة الواقعية المفروضة لا يقصدون التضحية بأنفسهم من أجل هدف عام للشعوب مثل المتأولين

مغتصبو السلطة المستبدون أولى الناس بأن يعاقبوا على بغيهم :

الذين يثورون عليهم، بل إنهم يستخدمون سلطات الدولة وقوتها لأهداف أنانية هى البقاء فى السلطة التى تضمن لهم فى كثير من الأحيان ألا يتعرضوا لأخطار شخصية يتحملها عادة أعوانهم من الجنود والأتباع المأجورين أو المنتفعين .... أما هم فلديهم فرص كبيرة للهروب بما معهم من أموال وثروات اغتصبوها أثناء ممارسة السلطة.

إذا كانت القوانين الوضعية تقصر صفة البغاة على من تكون أفعالهم ضد الحكام أو نظام الحكم القائم وكان شراحها يقرون ذلك – فإن هذا يرجع إلى أن تلك القوانين البشرية تضعها الدولة وحكامها لصالحهم ويصفونها بأنها تعبير عن إرادة الدولة .

أما شريعتنا الإلهية، فهى تعاقب على بغى أصحاب السلطة وتَعُدّه جريمة عادية. إن فقهنا لا يعطى للحكام ميزة حسبان جريمتهم سياسية بل يعاقبون على جريمة عادية لأن شريعتنا تعبير عن إرادة الله سبحانه وتعالى، وليست من صنع السلاطين ولا الدولة التى يسيطرون عليها. وشريعتنا تؤاخذ الحكام والمحكومين على السواء، فإن كان هناك بغى فهى تعاقب عليه سواء وقع من جانب الأفراد أو من جانب الحكام. ونحن نعتقد أن فقهاء الشريعة لا يجارون القوانين الوضعية أو شراحها فى القول بالعقاب على بغى الأفراد دون بغى الأمراء والحكام المستبدين لأنهم هم الذين وضعوا القوانين الوضعية لصالحهم ولصالح سلطتهم هم وأعوانهم .

لذلك لا نوافق على قوله إن ما تقرره النظم الوضعية يتفق مع ما قررته الشريعة.

إن الفقيه الشهيد أورد ما يدل على أن كبار أئمتنا لم يتجاهلوا بغى الأمراء والحكام – ويكفى أنه أورد ما قاله الإمام مالك(1) من أن المقُوم عليه (أى الحاكم الذى تقوم الثورة ضده) إذا كان على نهج غير النهج الذى كـــان عليه عمر بن عبد العزيز، أى إذا كان ظالما أو مغتصبا للسلطة، فليس على الناس أن يدافعوا عنه حتى ولو كان من ثاروا عليه بغاة أو ظالمين؛ بل عليهم أن يتركوه وما يراد منه حتى ينتقم الله من ظالم بظالم (2) ... هذا يكفى لإدانة بغى السلطان أو الأمير أو الرئيس الذى ثار عليه "البغاة" وهو الذى وصفه بأنه "المقُوم عليه" ويستوجب ذلك ألا تُعَدّ جريمته سياسية بأى حال من الأحوال .

إن القاضى عبد القادر عوده –رحمه الله– عندما كان يُعِدّ هذا الكتاب لم يكن يتوقع أنه سيكون ضحية بغى الطغاة أو أنه سيغتال ظلما وعدوانا مَن اغتصبوا ولاية الحكم فى

(2،1) هامش (3) فى نهاية البند (77) .

❁ كل ماتقرر لصالح مرتكبي الجرائم السياسية لايستفيد منه من يستولون علي السلطة بدون حق :

ظلام الليل ونكلوا بالأحرار لمجرد أنهم دعوهم للاحتكام لإرادة الشعب وتسليم السلطة لمن تختارهم الأمة بالانتخاب الحر، وأن يعترفوا بسيادة الأمة والالتزام بشريعتها.

ولو أنه أتيح له أن يكتب فى هذا الموضوع الآن، فإننى واثق بأنه سيؤكد ما قلناه ومافهمناه من أقواله عن الأصل العام فى شريعتنا، وأنها تحاسب الحكام والأمراء وأصحاب السلطان على بغيهم، وأكثر من ذلك فإنها لاتَعُدُّ جرائمهم سياسية .

إن فقهاء الشريعة وقضاتها عليهم أن يطبقوا حد البغى أو عقوبته، إذا توافرت شروطها وعددناها جريمة حدية أو تعزيرية، وأول من تطبق عليهم هم أصحاب السلطان الذين يبغون على الناس ويظلمونهم من الحكام المستبدين ومن يعملون لحسابهم من الأعوان والأتباع كما يطبقونه على من يثورون على "الإمام".... (بل إن هؤلاء تُعَدّ جرائمهم سياسية لها معاملة خاصة) وأن من واجب جميع المنصفين أن يطالبوا بتطبيق عقوبات البغى على الظالمين الذين ارتكبوا الظلم وهم فى السلطة .

إننا يجب أن نلاحظ أنه إنما يتكلم فى هذا الموضوع عن الطابع السياسى لعمل الثوار، وأن عَدّ أفعالهم جرائم سياسية معناه عدم تطبيق بعض أحكام العقوبات العادية عليهم – أى إعطاء بعض المزايا للمتهمين المقاومين لأصحاب السلطان نظرا لأنهم متأولون، أى أن الباعث على الجريمة وهدفها ليس شخصيا وإنما هو شرعى وسياسى لاعتقادهم (ولو كان خاطئا) بأن الحاكم الذى يثورون عليه قد انحرف أو أنه لا حق له فى الولاية، ولاستعدادهم للتضحية بأنفسهم من أجل هدف شرعى وسياسى يَعُدُّونه لمصلحة الأمة أو الجماعة، ولو كان تقديرهم خاطئا أو نتيجته غير مضمونة فى أكثر الأحوال .

معنى ذلك أن جرائم البغى التى تقع من جانب الحاكم الظالم المنحرف يعاقب عليها بعقوبة الجرائم العادية. وسنرى فى بحثنا عن جريمة البغى إن كانت عقوبتها حدا أم أنها يعاقب عليها بالتعزير. المهم أنه لا تعطى لمرتكبيها من الحكام المزايا التى يقررها الفقه للجرائم التى تُعَدّ سياسية .

إن هذا يفسر لنا إفاضته وإفاضة فقهنا فى تحديد المقصود من البغاة الذين تُعَدّ جريمتهم سياسية، والشروط التى يرون مراعاتها لتمتعهم بهذا الامتياز، والمعاملة الخاصة التى يوجبون مراعاتها نحوهم قبل الثورة وأثناءها وبعد انتهائها، وأن حسبان جرائمهم سياسية يعنى أن لها معاملة خاصة، وأن فقهنا قرر ذلك كله قبل أن تتجه إليه القوانين الوضعية بقرون كثيرة .

موضوعات وآراء
ندعو الباحثين لمناقشتها ومتابعتها
فى البنود والأجزاء التالية

****

أ – فى الحواشى :

١ – التمييز بين الشريعة بمعناها الضيق (الكتاب والسنة) والشريعة بمعناها الواسع الذى يشمل الفقه بجميع مذاهبه (حواشى البنود من ١–٥).

٢ – صعوبة استعمال المصطلحات والتبويب العصرى (البنود ٢، ١١، ١٢).

٣ – ضرورة التمييز بين التقنين الشرعى (الفقهى) والقوانين الوضعية .
(الحواشى على البنود ٤، ٥، ٢٠).

٤ – العلاقة بين التجديد والاجتهاد الجماعى. (الحواشى على البنود ٥، ٩، ١٩، ٢٠).

٥ – التكامل بين الدراسات المقارنة فى التشريع الجنائى (عبد القادر عوده) ومصادر الحق المدنى (السنهورى) (البند ١٧).

٦ – المميزات الجوهرية للشريعة (ثبات المنابع وسمو المقاصد والطابع الدينى والجزاء الأخروى) (الحواشى على البنود ١١، ١٢، ١٤، ١٦).

٧ – النظريات التشريعية هى أصول الشرعية ومبادئها العامة (حاشية البند ٢١).
أول هذه الأصول مبدأ المساواة الإنسانية ومساواة المرأة والرجل فى إطار تضامن الأسرة والتكامل والتوازن فى الحقوق والواجبات بين أعضائها وتنوع اختصاصات كل منهم لصالح الأسرة والأطفال. (الحواشى على البنود ٢٠، ٢١).

٨ – الحريات المتعددة، وأولها حرية الفكر والتفكير والاعتقاد فى نطاق النظام العام والتضامن الاجتماعى . (الحواشى على البنود ٢٣، ٢٤، ٢٥).

٩ – الإجماع هو العزم المشترك على التزام الجميع بقرار الشورى رغم صدوره بالأغلبية أو الجمهور . (بند ٢٧).

١٠ – الشورى نظرية عامة للتكامل فى الرأى، وهى أساس النظام السياسى بما فيه التقنين. أما الإجماع فهو أساس التزام الكافة بقرارات الشورى بما فيها التقنين الفقهى الذى هو فى الأصل فتوى فقهية غير ملزمة . (بند٢٧).

١١ – الشورى هى أساس نظرية الولاية التعاقدية وحق الأمة فى تعيين الحكام ومحاسبتهم وعزلهم . (الحواشي على البنود ٢٧، ٢٨).

١٢ – نظرية الزواج التعاقدى الرضائى هى أساس إباحة الطلاق وجواز تعدد الزوجات. (الحواشي على البنود ٢٩، ٣٠).

١٣ – ضرورة التمييز بين الاستشهاد والتوثيق وبين أحكام الإثبات .
(بند ٣٢، ٣٤، ٣٦).

١٤ – نتائج الطابع الدينى لشريعتنا :

أ – أنه أساس وجود الأحكام التكليفية .

ب – الجزاء الجنائى القضائى ضرورة استثنائية مكملة للجزاء الأخروى .

جـ – يفرض سيادة الأحكام الشرعية على الدولة والمجتمع بجميع مؤسساته .

د – يجعل القضاء الممثل للشريعة مستقلا بتطبيق الحدود والجزاءات الجنائية .

هـ – ويحول فى نظرنا دون إعطاء الأفراد حقا فى ممارسة اختصاصات القضاء بحجة الإهدار . (البحث الإضافى بعد البند ٣٩).

١٥ – الجزاءات الجنائية كلها لصالح المجتمع (الحواشي على البنود ٤٢، ٤٣، ٧٤).

١٦ – ضرورة التقسيم الموضوعى للجرائم بحسب الحقوق المعتدى عليها، وهو أساس التفرقة بين الحدود والقصاص والتعازير (البنود ٥٠، ٥١).

١٧ – التعازير عامة فى جميع الجرائم والعقوبات المقررة حدّا أو قصاصا، استثنائية فى حالة وجود ظروف مشددة . (البند ٥٢).

١٨ – التلبس والعلانية والمجاهرة الاستفزازية هى ظروف مشددة فى جرائم العرض (الزنا والقذف). (البنود ٥٥، ٥٦).

١٩ – فى الجرائم السياسية تفرض شريعتنا معاملة خاصة للثوار المتأولين ولا تعترف بها لمغتصبى السلطة . (الحواشي على البنود ٧٥، ٧٦، ٧٧).

٢٠ – لا يمكن عد أعمال الحكام الباغين جرائم سياسية . (البند ٨١).

<u>ب – فى تعليقات الشيعة :</u>

بعض آراء المذهب الجعفرى (الشيعى) التى أوردها " السيد الصدر " وأيدناها :

١ – اتجاه المذهب الشيعى لتقييد حق الزوج فى الطلاق .

أيدناه فى رأينا على تعليقى رقمى (٥١، ٤٨) على البند (٢٩) بعنوان نظرية الطلاق.

٢ – اشتراط حضور شاهدين لصحة الطلاق .

أيدناه فى رأينا على تعليق رقم (٥١) على نفس البند .

٣ – نطاق المعاصى الشرعية أوسع من الجرائم الجنائية .

رأينا فى التعليق رقم (١) على البند (٤١) .

٤ – قول "السيد الصدر" فى تعليق (٥) إن العقوبة البدنية هى التى تُعَدُّ وحدها حدا وإن الكفارات ليست حدّا .

وقد أيدناه فى رأينا على هذا التعليق، وفى تعليقنا على البند (٤٧٣) .

فهرس المقدمات (أ)

مقدمة عامة للدكتور توفيق الشاوى

رقم البند		الصفحة	
	تقديم وتوجيه " عوده " **تعليقات " الصدر "** **الحاشية " الشاوى "**		

رقم البند		الصفحة
	ـ التقنين الشرعى يصبح ملزماً بالشورى	أ ـ ١٠١ (50)
	ـ ضمانات تميز التقنين الشرعى عن القوانين الوضعية..........	أ ـ ١٠٢ (51)
	ـ التزام الأقلية بما تقرره الأغلبية	أ ـ ١٠٣ (52)
٢٨	ـ نظرية تقييد سلطة الحاكم	أ ـ ١٠٤
28	ـ نظرية الولاية التعاقدية	أ ـ ١١٣ (53)
	ـ شرعية السلطة تقوم على حرية الشورى	أ ـ ١١٤ (54)
	ـ الولاية التعاقدية تعنى سيادة الأمة وحريتها فى الاختيار	أ ـ ١١٥ (55)
	ـ التبعية للقوى الأجنبية المعادية تعادى الشريعة وتعادى حرية الشورى	أ ـ ١١٦ (56)
٢٩	ـ نظرية الطلاق	أ ـ ١١٧
29	ـ نظرية الزواج التعاقدى وإباحة الطلاق	أ ـ ١٢٢ (57)
	ـ عدم زواج المسلمة بغير مسلم ضمان لوحدة الأسرة	أ ـ ١٢٣ (58)
	ـ الزواج عقد رضائى لا يحتاج إلى جهة رسمية حكومية	أ ـ ١٢٤ (59)
	ـ التهجم على أحكام شريعتنا لصالح القوى المعادية	أ ـ ١٢٥ (60)
	ـ لابد من تطهير مجتمعنا من رواسب الجاهلية	أ ـ ١٢٦ (61)
	ـ الحكم الاستبدادى لا يعترف بالشورى الحرة	أ ـ ١٢٧ (62)
٣٠	ـ نظرية تحريم الخمـــــر	أ ـ ١٢٨
30	ـ نظرية تحريم المسكرات والمخدرات	أ ـ ١٣٠ (63)
٣١	ـ نظرية تعدد الزوجات	أ ـ ١٣١
31	ـ تعدد الزوجات شرع استثناء لتقليل حالات الطلاق	أ ـ ١٣٤ (64)
	ـ الذين يحرمون تعدد الزوجات يبيحون الزنا............	أ ـ ١٣٥ (65)
	ـ النظم التى لاتجيز تعدد الزوجات تزيد حالات الطلاق	أ ـ ١٣٦ (66)
	ـ تحريم التعدد مرتبط بإباحة الزنا للزوجين	أ ـ ١٣٧ (67)
٣٢	ـ نظريات فى الإثبات والتعاقد	أ ـ ١٣٨

رقم البند		الصفحة

بحث إضافى
للدكتور توفيق الشاوى

رقم البند		الصفحـــــة

الباب الثانى ـ أنواع الجريمة

الفصل الأول

الفصل الثانى

الفصل الثالث

الفصل الرابع

المبحث الثانى ـ فى تقسيم الجرائم بحسب كيفية ارتكابها

المبحث الثالث ـ فى تقسيم الجرائم إلى جرائم مؤقتة وجرائم غير مؤقتة

رقم البند		الصفحة
٦٩	– جرائم التعازير مؤقتة وغير مؤقتة	أ ـ ٢٦٢
٧٠	– مقياس التمييز بين الجريمة المؤقتة وغير المؤقتة	أ ـ ٢٦٢
٧١	– تقسيم الجرائم غير المؤقتة	أ ـ ٢٦٢
٧٢	– أهمية تقسيم الجرائم مؤقتة وغير مؤقتة	أ ـ ٢٦٣
٧٣	– بين الشريعة والقوانين الوضعية	أ ـ ٢٦٥
68 - 73	– الجرائم التي تتكون من فعل مؤقت أو متجدد	أ ـ ٢٦٦ (138)

الفصل الخامس

المبحث الأول ــ فى تقسيم الجرائم بحسب طبيعتها الخاصة

٧٤	– تنقسم الجرائم بحسب طبيعتها الخاصة	أ ـ ٢٦٧
74	– لاداعى للقول بوجود مايسميه جرائم ضد الأفراد	أ ـ ٢٧٠ (139)
	– للقاضى سلطة تقديرية فى الشبهات التى تسقط الحدود	أ ـ ٢٧١ (140)

المبحث الثانى ـ فى تقسيم الجرائم بحسب طبيعتها الخاصة

٧٥	– التفرقة بين الجرائم العادية والجرائم السياسية	أ ـ ٢٧٢
75	– فى الجريمة السياسية معاملة خاصة للثائرين المتأولين	أ ـ ٢٧٣ (141)
٧٦	– متى توجد الجريمة السياسية	أ ـ ٢٧٤
٧٧	– المجرمون السياسيون	أ ـ ٢٧٥
76، 77	– البغى خروج أو ثورة على السلطة القائمة	أ ـ ٢٧٨ (142)
	– الضمانات المقررة لمن يخرجون بتأول شرعى على إمام شرعى	أ ـ ٢٧٩ (143)
٧٨	– الشروط التى يجب توافرها فى المجرمين السياسيين أو البغاة	
	أولاً ــ الغرض من الجريمة	
	ثانياً ــ التأول	
	ثالثاً ــ الشوكة	
	رابعاً ــ الثورة أو الحرب	أ ـ ٢٨٠-٢٨٣
78	– شروط الجريمة السياسية	أ ـ ٢٨٤ (144)

بحمد الله

رقم الإيداع: ١٩٣٤٠/٢٠٠٠
الترقيم الدولي: I.S.B.N. 977 - 09 - 0680 - 8

مطابع الشروق
القاهرة :٨ شارع سيبويه المصرى ـ ت:٤٠٢٣٣٩٩ ـ فاكس.٤٠٣٧٥٦٧ (٠٢)
بيروت : ص.ب: ٨٠٦٤ ـ هاتف : ٣١٥٨٥٩ ـ ٨١٧٢١٣ ـ فاكس : ٨١٧٧٦٥ (٠١)

الموسوعة العصرية
فى
الفقه الجنائى الإسلامى

● هذه هى الطبعة الثانية منقحة وموسعة من كتاب التشريع الجنائى الإسلامى مقارنا بالقانون الوضعى المجلد الأول للقاضى الفقيه عبد القادر عوده الذى خصصه للقسم العام فى الفقه الجنائى الإسلامى، وهو أول فقيه يتصدى لإعداد هذه الدراسة فى فقهنا؛ حيث إن أسلافنا لم يقدموا لنا أى دراسة خاصة للقسم العام لأنهم كانوا يحرصون على دراسة كل جريمة على حدة من حيث إجراءتها وأحكامها وعقوباتها. وتبين لنا أن هناك تطورات فكرية وعلمية وضرورات اجتماعية وسياسية ودراسات فقهية وقانونية خلال الخمسين عاما التى مضت منذ صدور كتاب القاضى عوده تستلزم إضافات ودراسات جديدة تحوله إلى موسوعة عصرية فى الفقه الجنائى.

● وهأنذا أقدم القسم العام أملا أن يشارك أكبر عدد من زملائى من الأساتذة والباحثين المتخصصين فى دراسة جرائم القسم الخاص العديدة التى تتزايد كل يوم؛ لأن أهمية الموسوعة لا ترجع لعُدد أجزائها وصفحاتها وإنما تقاس بعدد الأساتذة المشاركين فيها وما يقدمونه من أبحاث ودراسات مستحدثة لمواجهة مشكلات العصر؛ لأن شريعتنا هى شريعة علم وفقه واجتهاد، وأحكامها هى ثمرة جهود متكاملة من أجيال متوالية من الأئمة والفقهاء والعلماء والباحثين وليست مجرد تقنينات تفرضها الدول.

د. توفيق محمد الشاوى

الموسوعة العصرية

فى

الفقه الجنائى الإسلامى

كتاب عبد القادر عوده

مع تعليقات آية الله السيد إسماعيل الصدر

وآراء للدكتور توفيق الشاوى والمشاركين

الجزء الثانى من المجلد الأول

من كتاب التشريع الجنائى الإسلامى مقارنًا بالقانون الوضعى

مركز السنهوري

الموسوعة العصرية

فى

الفقه الجنائى الإسلامى

الطبعة الأولى
١٤٢١هـ - ٢٠٠١م

القاهرة : ٨ شارع سيبويه المصرى - رابعة العدوية - مدينة نصر
ص . ب : ٣٣ البانوراما - تليفون : ٤٠٢٣٣٩٩
فاكس : ٤٠٣٧٥٦٧ (٢٠٢)
البريد الإلكترونى: email: dar@shorouk. com.

الموسوعة العصرية

فى

الفقه الجنائى الإسلامى

كتاب عبد القادر عودة

مع تعليقات آية الله السيد إسماعيل الصدر

وآراء للدكتور توفيق الشاوى والمشاركين

الجزء الثانى من المجلد الأول

من كتاب التشريع الجنائى الإسلامى مقارنًا بالقانون الوضعى

مركز السنهورى

دار الشروق

مقــدمة

هذا الجزء الثانى من المجلد الأول هو أكبر أجزاء هذا المجلد من حيث عدد صفحاته.
من أسباب تضخمه ما يلى :

١ - يقابله فى كتاب التشريع الجنائى ١٩١ بندا (من ٨٢ : ٢٧٢) المخصصة للركن الشرعى والركن المادى للجريمة .

٢ - أضفنا له بحثين تكميليين :

الأول خاص بالإجماع (فى نهاية الفرع الثالث من المبحث الثانى الخاص بمصادر التشريع الجنائى) بعد حاشية البند ١٣٤، ويتكون من ٦ صفحات. وقد عرضنا فيه رأينا فى تعدد صور الإجماع ودوره الأساسى فى إعطاء القوة التنفيذية لما يسميه فقهاؤنا سند الإجماع، بقصد توحيد القضاء وحمايته من مخاطر تعارض الأحكام بسبب ما تتميز به شريعتنا من تعدد المذاهب واختلاف الآراء فى داخل كل مذهب .

أما المبحث الإضافى الثانى، فهو فى نهاية الركن الشرعى بعد (حاشية البند ٢٤٦) وعنوانه : "الأصول الشرعية تلى المصادر فى الأهمية، ودورها فى تجديد الفقه عموما والفقه الجنائى خاصة" .

وفى هذا البحث المطول (الذى اشتمل على ٢٢ صفحة) عرضنا رأينا الذى سبق أن أشرنا إليه فى بحثنا الإضافى بالجزء الأول. وقلنا فيه إن النظريات التى عرضها فقيهنا (فى البنود ٢١ : ٣٧ من التمهيد لدراسته) تُعَدّ فى نظرنا أصولا تشريعية، وإن علينا أن نتابع نهجه فى استنباط أصول تشريعية تفيدنا فى تقنين التعازير بدلا من تركها لاجتهادات القضاة كما فعل أسلافنا، لأن قضاتهم كانوا مجتهدين فى حين أن قضاتنا مقلدون فقط .

لقد بينا أن هذه النظريات التى درسها فقيهنا هى فى نظرنا بداية عصر جديد للتوسع فى دراسة أصول الشريعة التى كان البعض يَعُدّونها محددة فى نطاق أصول الفقه، فى حين أنه ليس إلا مكملا لأصول شريعتنا، وأن استنباط هذه الأصول الشرعية ليس إلا توسعا فى القياس الذى بدأه أسلافنا وعَدُّوه شاملا لجميع صور الاجتهاد .

٣ - أننا توسعنا فى الحواشي على بعض البنود، لمناقشة آراء فقيهنا وتقديم أفكار تخالف ما توصل إليه، وخاصة فيما يلى :

أ) حاشيتنا على البنود ٩١-٩٣ الخاصة بتطبيق مبدإ الشرعية فى الحدود والتعازير.

ب) حاشيتنا على البنود ١٠٢-١٠٩ بشأن التعزير العقابى والتعزير الوقائى.

ج) حاشيتنا على البندين ١٢٩، ١٣٠ عن دور الإجماع فى تقنين الأحكام .

د) حاشيتنا على البنود ١٩١ - ١٩٥ توسعنا فيها فى بيان أسباب عدم تأييدنا للنتائج التى توصل إليها بشأن دعوته للقاضى أن يطبق الأحكام الشرعية بدلا من الأحكام الوضعية كلما وجد تعارض بينهما.

هـ) حاشيتنا على البنود ٢٠٠ - ٢٠٣ عرضنا فيها وجوب إنشاء مجلس لأهل الاجتهاد نتيجة لمرحلة المؤسسات فى التشريع الجنائى .

و) حاشيتنا على البنود من ٢٠٩ - ٢١٢ حيث بينا معارضتنا تجاهل دار العهد وعدم موافقتنا على الاكتفاء بدار السلام ودار الحرب .

ز) حاشيتنا على البنود ٢٣٠ - ٢٣٢ لتأكيد أن الذميين مواطنون، لأن الجنسية علاقة سياسية وليست علاقة عقيدية .

هذه مجرد نماذج مما تضمنه هذا الجزء من اختلاف فى الرأى بينى وبين فقيهنا . وسيجد الباحث أنه يوجد مواضع أخرى كثيرة من هذا النوع. وقد أشرنا إلى أن سبب هذه الخلافات هو حرص فقيهنا على أمرين :

١ - عرض فقه السلف كما هو دون فتح الباب لما يقتضيه العصر من تعديل وتصحيح وتجديد .

٢ - حرصه على التقريب بين أحكام الفقه وأحكام القوانين الوضعية الحالية، وبخاصة القانون المصرى الذى درسه وعمل فى تطبيقه .

أما نحن فقد قررنا أن نقدم ما نراه من آراء، حتى ولو كانت تتجاوز فقه أسلافنا، أو تبعدنا عن أحكام القوانين الوضعية التى بينا من قبل أن خصائص شريعتنا تميزها عنها. وليس من حقنا أن نتجاهل هذه الخصائص المميزة من أجل التقريب بين أحكام فقهنا وأحكام القوانين الوضعية المعرضة للتغيير والتبديل كما نراه الآن ......

الجزء الثاني
من المجلد الأول
الأركان العامة للجريمة

(عوده) ٨٣ ـ *أركان الجريمة* : قلنا في تعريف الجريمة : إن الجرائم محظورات شرعية-١- زجر الله عنها بحد أو بتعزير، وإن المحظورات هي: إما إتيان فعل منهي عنه، وإما ترك فعل مأمور به. وقلنا : إن المحظورات وصفت بأنها شرعية؛ لأنها يجب أن تكون محظورة بنصوص الشريعة، وإن الفعل أو الترك لا يُعَد بذاته جريمة إلا إذا كان معاقبا عليه.

ولما كانت الأوامر والنواهي تكاليف شرعية، فإنها لا توجه إلا لكل عاقل فاهم التكليف، إذ التكليف خطاب،-٢- وخطاب من لا عقل له ولا فهم محال كالجماد والبهيمة. ومن استطاع أن يفهم أصل الخطاب ولا يفهم تفاصيله من كونه أمرا أو نهيا، ومقتضيا للثواب والعقاب، كالمجنون والصبي-٣- الذي لا يميز، فهو في عجزه عن فهم

(الصدر) تعليق "رقم-١-": مر عليك قريبا أن الجرائم تصدق على المحظورات الشرعية وعلى غيرها.

(الشاوى) رأينا فى "تعليق -١-": يشير إلى أن مخالفة الأوامر الصادرة من ولى الأمر الشرعى يمكن أن تكون جريمة تستحق التعزير، فالحظر هنا صادر من ولى الأمر لا من نص شرعى ....

(الصدر) تعليق "رقم-٢-": ليس التكليف هو الخطاب، بل التكليف قد يستفاد من الخطاب ويكون مدلولا له كما فى الأوامر والنواهى المشتملة على أدوات الخطاب، كقوله ﷻ : ﴿يأيها الذين آمنوا استعينوا بالصبر والصلاة﴾ [البقرة:١٥٣]. وقد يستفاد من غيره ولا يكون مدلولا له كما فى قوله ﷻ : ﴿الذين يؤمنون بالغيب ويقيمون الصلاة ومما رزقناهم ينفقون﴾ [البقرة :٢]. وكما يستحيل خطاب من لا عقل له ولا فهم، كذلك يستحيل تكليفه، وإن لم يكن التكليف بأدوات الخطاب، إذ كيف يكلف من لا يعقل ولا يفهم وما هو إلا كالبهيمة أو الجماد؟ ....

(الشاوى) رأينا فى "تعليق-٢-": يشير إلى أن التكليف لا يستفاد من الخطاب فقط، لأن التكليف قد يكون فى صيغة الخبر، كما فى الآية (٢) من سورة البقرة ....

(الصدر) تعليق "رقم-٣-": من البديهى أن بعض أفراد الصبيان إذا بلغ سنهم قريب البلوغ يمكنهم فهم تفاصيل الخطاب، ولكن التكليف لا يتوجه إليهم للدليل الشرعى الحاكم برفع القلم عن الصبى مطلقا، من بلغ هذه الدرجة من الإدراك ومن لم يبلغها، ولعل الحكمة فى ذلك أن الغالب من الصبيان عدم فهم تفاصيل الخطاب، ولم يمكن التفريق بينهم فرفع القلم عن جميعهم ... =

عوده كالجماد والبهيمة في العجز عن فهم أصل الخطاب، ومن ثم يتعذر تكليفه؛ لأن المقصود من التكليف كما يتوقف على فهم أصل الخطاب فهو يتوقف أيضا على فهم تفاصيله(١).

ويتبين مما سبق أن للجريمة بصفة عامة أركانا لابد من توافرها، وهذه الأركان ثلاثة:

(١) يكون هناك نص-٤- يحظر الجريمة ويعاقب عليها، وهو ما نسميه اليوم في اصطلاحنا القانوني بالركن الشرعي للجريمة ...

(٢) إتيان العمل المكون للجريمة سواء كان فعلا أو امتناعا، وهذا ما نسميه في اصطلاحنا القانوني بالركن المادي للجريمة ...

(٣) أن يكون الجاني مكلفا، أي مسئولا عن الجريمة، وهذا ما نسميه اليوم بالركن الأدبي..

هذه هى الأركان العامة التي يجب توافرها بصفة عامة في كل جريمة. ولكن توافر هذه الأركان العامة لا يغني عن وجوب توافر الأركان الخاصة لكل جريمة على حدة حتى

= الشاوى رأينا فى "تعليق-٣-": يشير إلى أن عدم مسئولية الصبيان قبل البلوغ أساسها وجود نص بأن التكليف مرفوع عن الصبى ، لكن هذا لا يمنع أن علة النص هى عدم توافر الفهم الكافى لديهم أو لدى أغلبهم ....

الصدر تعليق "رقم-٤-": لا يتوقف صدق الجريمة على وجود نص لفظى يدل على حرمتها، بل يثبت كونها جريمة ولو لم يكن الدليل على حرمتها النص اللفظى، بل يثبت كون ارتكاب الفعل جريمة ولو كان الدليل على حرمته غير لفظى ... كالإجماع مثلا. كما لا يتوقف صدق الجريمة على تصريح الشارع بالعقاب عليها، بل تثبت الجريمة بمجرد ثبوت حرمتها بأى دليل كان ....

الشاوى رأينا فى "تعليق-٤-": يشير إلى أن وجود الجريمة لا يرتبط دائما بنص شرعى، ونحن نوافقه على أن الجريمة يمكن وجودها بدليل غير لفظى، وكذلك الأمر فى التكليف لأن جميع الأحكام الشرعية لا يمكن أن تستمد مباشرة من النصوص، وإنما يجب فى نظرنا استنباطها من المبادئ العليا ومقاصد الشريعة التى تقوم عليها " النظريات الشرعية"، وأهمية النصوص أنها تشير إلى تلك المبادئ والنظريات سواء بتطبيقها أو بإدخال بعض الاستثناءات عليها ... ويسرنا أنه ذكر الإجماع أحد مصادر الأحكام التكليفية، وإن كان له تعليل خاص لا نوافق عليه، وسنعود لذلك عند مناقشة تعليقيه رقمى (٩٤، ٩٥) فيما بعد ...

---

(١) الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى ص / ٢١٥ جزء أول، المستصفى للغزالى جزء أول ص / ٨٣ ....

⟨عوده⟩ العقاب عليها، كركن الأخذ خفية في السرقة، وركن الوطء في جريمة الزنا، وغير ذلك من الأركان الخاصة التي تقوم عليها الجرائم المعينة بذواتها ...

والفرق بين أركان الجريمة العامة وأركانها الخاصة: أن الأركان العامة واحدة في كل جريمة، بينما الأركان الخاصة تختلف في عددها ونوعها باختلاف الجريمة. وقد جرى الفقهاء الإسلاميون على بحث أركان الجريمة العامة وأركانها الخاصة بمناسبة بحث كل جريمة، ولكنا رأينا مجاراة للتطور الحديث في التأليف أن نبحث الأركان العامة في القسم الجنائي العام، وأن نترك بحث الأركان الخاصة للقسم الجنائي الخاص الذي يتناول الكلام على الجرائم واحدة بعد واحدة بصفة خاصة ...

۞ 83 – الأركان العامة والأركان الخاصة للجرائم :

التعريف الذي توصل إليه أسلافنا من الفقهاء والعلماء، أهم ما يميزه عن تعريفات الشراح الوضعيين (المعاصرين) هو ربط التجريم وتوقفه على النصوص الشرعية المتعلقة بالأوامر والنواهى والتحريم والتحليل،والتى توصف عادة بأنها أحكام "تكليفية" .

إن شريعتنا ليست مجرد نصوص آمرة محددة للجرائم وعقوباتها كما هو شأن القانون الجنائى الوضعى (الحديث)، بل إنها قبل ذلك تخاطب "المكلف" بأوامر ونواه عليه أن يلتزم بها، ويحاسب على ذلك أمام الله فى اليوم الآخر بعد البعث والنشور .

إن الحساب الأخروى أمر تختص به الشرائع الدينية،وآخرها وأكملها شريعتنا الغراء، وينبغى على كل دارس، بل على كل "مكلف" أن يلتزم بذلك أمام الله الخالق البارئ المصور ﴿مالك يوم الدين﴾ الذى يحاسب الجميع فى الدار الآخرة .

لهذا فإن الركن الشرعى عندنا أعمق وأوسع نطاقا وأكثر أهمية منه فى القوانين الوضعية لأنه يربط العقاب الدنيوى بالحساب الإلهى وبعقيدة التوحيد والبعث والنشور .

ويتبع ذلك أهمية خاصة للمخاطب بالأحكام الشرعية كلها ومنها أحكام التجريم والعقاب والمسئولية، فالمسئول عندنا هو المكلف الذى تشترط فيه جميع "شروط التكليف"، أى المسئولية الدينية والإنسانية عن مدى طاعته للأوامر"التكليفية".

إن شريعتنا تبدأ أولا بالتكليف قبل أن تقرر الجزاء والعقاب، فالقرآن الكريم يخاطب عقيدة المكلف وعقله وإرادته. فمثلا، قبل أن يفرض عليه العقاب فى جريمة الزنا يقول لنا: ﴿ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيلا﴾ [الإسراء:٣٢]، وقبل أن يعاقبنا على الخمر والميسر يقول : ﴿يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس وإثمهما أكبر من نفعهما﴾[البقرة: ٢١٩]. و﴿إن الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه... ﴾ [المائدة : ٩٠] ..

أما القانون الوضعى فيبدأ بتجريم فعل وفرض عقوبته، وعلى الناس أن تطيع حتى لا تتعرض للعقاب المقرر فى القانون. ومن المؤكد أن نسبة كبيرة قد تصل إلى تسعين فى المائة من مرتكبى الجرائم يُقْدِمُون عليها وعندهم أمل كبير فى الهروب من الجزاء القضائى الجنائى ...

ولهذا تزداد الجرائم لأن من يرتكبونها يفلت أكثرهم فعلا من العقوبة الدنيوية ..

يُقصد بالأركان العامة القواعد التى تسرى على جميع الجرائم فيما يتعلق بأحكام الركن الشرعى والركن الأدبى (أى القصد الجنائى أو الخطأ وشروط المسئولية الجنائية).

سوف يضاف إلى ذلك (فى دراسة القسم الخاص) أن لكل جريمة أحكاما خاصة بها تتعلق بالركن المادى، أى الفعل المكون لها –والركن الأدبى– إن كان عمدا أو مجرد خطإ.

هناك موضوعان فقط يدرسان دراسة كاملة فى نطاق القسم العام – وهما:

– الركن الشرعي، ويُقصد به المصادر الشرعية التى تحرم الفعل وتجرمه وتعاقب عليه جنائيًا، وكل ما يتعلق بهذه الناحية التشريعية .

– الركن الأدبى أو المعنوى أو الشخصى – الذى يُقصد به شروط مسئولية مرتكب الجريمة وكل ما يتعلق بها من أسباب الإباحة وموانع المسئولية وموانع العقاب.

والحق أن الركن الشرعى موضعه الأساسى هو ما يسمى بعلم أصول الفقه، وكل ما يرد هنا يرجع بشأنه إلى ذلك العلم المعروف إذا أردنا التوسع فيه .

أما الركن المعنوى فموضوعه هو نظرية المسئولية الجنائية، ويتصل بها ما يسمى الآن علم الاجتماع الجنائى، وكان يمكن أن يُفرد له دراسة مستقلة بعنوان "نظرية المسئولية الجنائية" أو دراسة المجرم –بعد دراسة الجريمة وقبل دراسة العقوبة– لكنه آثر دراسته بحسبانه جزءا من دراسة أحد الأركان العامة للجريمة، هو الركن المعنوى أو الركن الأدبى[1].

وقد ترتب على ذلك تضخم القسم الثانى من الكتاب الأول بعنوان "أركان الجريمة" (إذ يضم البنود من 83 إلى 436 ومقدارها 354 بندا) – مقارنا بالقسم الأول (من هذا الكتاب الأول) الذى يحتوى على (44) بندا فقط (من 40إلى 83) بل ومقارنا بالكتاب الثانى كله بجميع أبوابه وفصوله ويضم واحدا ومائة بند فقط (من رقم 437 إلى537) .

[1] البنود 273 إلى 436 .

الباب الأول
الركن الشرعي للجريمة

⟨عوده⟩ ٨٤ ـ *توجب الشريعة* ليُعَد الفعل جريمة أن يكون هناك نص-٥- يحرم هذا الفعل، ويعاقب على إتيانه، وهذا هو ما نسميه اليوم الركن الشرعي للجريمة ...

ووجود النص المحرم للفعل المعاقب عليه لا يكفي بذاته للعقاب على كل فعل وقع فى أى وقت وفى أى مكان ومن أى شخص، وإنما يشترط للعقاب على الفعل المحرم أن يكون النص الذي حرمه نافذ المفعول وقت اقتراف الفعل، وأن يكون ساريا على المكان الذي اقترف فيه الفعل وعلى الشخص الذي اقترفه. فإذا تخلف شرط من هذه الشروط امتنع العقاب على الفعل المحرم ...

فالكلام على الركن الشرعي يقتضي بحث الموضوعات الآتية، وسنخصص لكل منها فصلا خاصا:

(١) النصوص المقررة للجرائم والعقوبات، أي الأحكام الجنائية الشرعية ..

(٢) سريان النصوص الجنائية على الزمان ...

(٣) سريان النصوص الجنائية على المكان ...

(٤) سريان النصوص الجنائية على الأشخاص ...

[الصدر] تعليق "رقم-٥-": مر عليك قريبا عدم توقف كون الفعل جريمة على كون الدليل على حرمته نصا شرعيا مشتملا على بيان العقاب عليه ....

[الشاوى] رأينا فى "تعليق -٥-": يتفق قوله مع ما قدمناه فيما سبق من ضرورة التقنين فقهيا فى التعازير مع تذكيرنا على أن الأصل فى الجرائم هى التعازير، أما الحدود والقصاص فأحكامهما استثنائية تنحصر فى النصوص الشرعية فى الكتاب والسنة، وأن تفسر النصوص تفسيرا ضيقا لا توسع فيه..

84 – الركن الشرعي أساسه ومضمونه والتوسع فى دراسته :

عنى الفقيه الشهيد بدراسة الركن الشرعى للجرائم عناية خاصة سوف تقدرها له الأجيال القادمة، وسنكون نحن أول من يستفيد منها .

المبدأ العام، هو أن الشريعة تُوجب كى يُعَدّ الفعل جريمة أن يكون هناك نص يُحرِّم الفعل ويُعاقب عليه، وأن يكون هذا النص نافذ المفعول وقت ارتكاب الفعل[1]، أى أن يكون سابقا على وقوع الفعل المحرم والمعاقب عليه . وسبب ذلك أن أساس توقيع العقوبة على مرتكب فعل محرم هو افتراض علمه بهذا التحريم.

وإذا كان التحريم والعلم كافيين للمسئولية يوم الحساب أمام الله سبحانه وتعالى، فإن ذلك لا يكفى لتوقيع عقوبة أو جزاء جنائى إلا إذا وجد نص سابق يفرض العقاب الجنائى ويحدده .

ومن رحمة الله سبحانه بعباده، ومن أهم مبادئ شريعتنا الإلهية أن افتراض علم المكلف يسبقه فرض "العلم" على الناس، فواجبهم أن يتعلموا ليَعْلموا ما هم مكلفون به وما هم معرضون له من جزاء دنيوى وأخروى على الفعل المحرم .

ولا تكتفى شريعتنا بجعل "العلم" فريضة على كل مكلف "مسلم ومسلمة"، بل إنها تسهّل له أسباب هذا العلم، ولهذا نزل القرآن الكريم وفرض على الناس تلاوته وفهمه بل وحفظه لكى يعرفوا منه أصول التكاليف الشرعية .

وكلما تقدم الزمن وتعقدت أمور العيش، زاد واجب العلماء فى تسهيل مهمة "العلم" بالتكاليف والجزاءات الشرعية، ولذلك حرصنا منذ بداية البحث على القول بأن التقنين الشرعى أصبح من أول واجبات الفقهاء والعلماء وأهل الاجتهاد ليكون الركن الشرعى مبنيّا على نصوص فقهية متجددة مكملة للنصوص الأساسية فى الكتاب والسنة.

---

(1) لقد خصص لهذا الركن جزءا كبيرا من مجهوده فى دراسة القسم العام للجرائم، فاستغرق من كتابه مائة وأربعة وستين بندا .

{ب/١٤}

الفصل الأول
النصوص المقررة للجرائم والعقوبات
أي الأحكام الجنائية الشرعية

(عوده) ٨٥ ـ *الكلام على الأحكام الجنائية الشرعية يقتضي الكلام على :* (أولا) : الأحكام وأثرها فى الجريمة والعقوبة. (ثانيا) : أدلة الأحكام الجنائية الشرعية، أى مصادر التشريع الجنائى. (ثالثا) : تفسير الأحكام الجنائية. (رابعا) : تعارض الأحكام، أى النصوص ونسخها وبطلانها. (خامسا) : علاقة الأحكام الشرعية بالأحكام القانونية. وسنخصص لكل واحد من هذه الموضوعات مبحثا خاصا ...

المبحث الأول
في الأحكام الجنائية الشرعية وأثرها في الجريمة والعقوبة

٨٦ ـ *تمهيد : يقسم الفقهاء الأحكام الشرعية أي النصوص إلى نوعين :* أحكام تكليفية، وأحكام وضعية. فالحكم التكليفي هو ما اقتضى طلب فعل من المكلف، أو كفه عن فعل، أو تخييره بين فعل والكف عنه.[١] ويسمى هذا الفعل تكليفا؛ لأنه يتضمن إلزام المكلف إتيان فعل، مثل قوله ﷻ : ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل﴾ [النساء:٥٨]. أو إلزام المكلف الكف عن فعل، مثل قوله ﷻ : ﴿ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق﴾[الإسراء:٣٣]. وقوله ﷻ: ﴿ولا تقربوا الزنا﴾ [الإسراء:٣٢]. أو تخيير المكلف في إتيان الفعل والكف عنه، مثل قوله ﷻ : ﴿وإذا حللتم فاصطادوا﴾ [المائدة:٢]. وقوله ﷻ : ﴿ومن قُتِل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا﴾ [الإسراء:٣٣] ...

---

(١) الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى الجزء الأول ص/١٨١ وما بعدها، المستصفى للغزالى الجزء الأول ص/٦٥ وما بعدها، أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص/٧٤ ...

(عوده) والحكم الوضعي هو ما اقتضى جعل شيء سببا لشيء-٦- أو شرطا له أو مانعا منه. وسمي الحكم وضعيّا لأنه يقتضي :

(١) وضع أسباب لمسببات كقوله ﷻ : ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ [المائدة:٣٨]. وقوله ﷻ : ﴿الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾ [النور:٢]. فقد اقتضى الحكم الأول جعل السرقة سببا في قطع يد السارق، واقتضى الحكم الثاني جعل الزنا سببا لجلد الزاني ...

(٢) أو يقتضى وضع شروط لمشروطات كقوله ﷻ : ﴿لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء فإذ لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون﴾ [النور:١٣]...

فهذا الحكم يقتضي اشتراط أربعة شهود لإثبات جريمة الزنا. ومثل قول الرسول ﷺ: "لا قطع إلا في ربع دينار". فهذا الحكم يشترط لقطع يد السارق أن تبلغ قيمة المسروق ربع دينار فأكثر ...

(٣) أو يقتضى وضع موانع من أحكام، مثل قول الرسول ﷺ : "لا قطع في ثمر معلق". فهذا الحكم يقتضي جعل تعليق الثمر، أي عدم حصد الحاصلات والثمار، مانعا من القطع في سرقتها. ومثل قوله ﷺ : "لا ميراث لقاتل". فهذا الحكم يقتضي جعل القتل الحاصل من الوارث مانعا له من الإرث(١) ...

(الصدر) تعليق "رقم-٦-": اختلفت آراء فقهاء المذهب الجعفرى فى الحكم الوضعى وتعريفه وتحديده، والرأى الراجح هو أن الحكم الوضعى هو كل حكم ليس بتكليفى لا يختص بالموارد التى ذكرها المصنف .

(الشاوى) رأينا فى "تعليق-٦- ": إننا نتفق تماما مع السيد الصدر فى تعريفه للحكم الوضعى بأنه كل حكم ليس بتكليفى، ولا يمكن حصر حالاته ...

---

(١) الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى الجزء الأول ص:٨١ وما بعدها، المستصفى الجزء الأول ص:٩٣، أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص :٧٤ وما بعدها .

عوده والفرق بين الحكم التكليفي والحكم الوضعي يظهر من وجهين: أولهما : أن الحكم التكليفي يقصد به طلب فعل أو الكف عنه، أو التخيير بين إتيان الفعل وتركه. أما الحكم الوضعي، فلا يقصد به طلب ولا كف ولا تخيير، ولكن المقصود منه بيان الأسباب والشروط والموانع. ثانيهما : أن الحكم التكليفي يكون دائما في مقدور المكلف، فيستطيع أن يفعله أو يتركه إن شاء، أما الحكم الوضعي فقد يكون أمرا في مقدور المكلف، وقد لا يكون في مقدوره ...

وينبغي أن نلاحظ أن النص الواحد قد يشتمل على حكم تكليفي وحكم وضعي في آن واحد، ومثل ذلك قوله ﷻ : ﴿والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾. فهذا النص يشتمل على حكم تكليفي هو طلب الكف عن السرقة، ويشتمل في الوقت نفسه على حكم وضعي هو جعل السرقة سببا في قطع يد السارق .

وليس يهمنا فيما يتعلق بالنص على الجريمة إلا الحكم التكليفي المقتضى طلب فعل من المكلف أو كفه عن فعل. أما الأحكام التكليفية المخيرة، فلا يعاقب على تركها أو إتيانها، ولا يُعَدّ إتيانها أو تركها جريمة على الرأي الراجح. وفيما يتعلق بالنص على العقوبة، فيهمنا الحكم الوضعي سواء كان سببا أو شرطا أو مانعا لأنه يبين العقوبة وأسبابها وشروطها وموانعها -٧- ...

الصدر تعليق "رقم-٧- ": مر عليك قريبا عدم اختصاص الحكم الوضعى بهذه الموارد، بل هو كل حكم ليس بتكليفى، سواء كان لبيان الأسباب والشروط والموانع أم لبيان أمر آخر، كقوله ﷻ: ﴿فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون﴾[النحل:٤٣]، فإن هذه الآية المباركة وردت لإعطاء صفة الحجية لكلام أهل الذكر، وكالآية الواردة فى مقام من له الولاية، وهى قوله ﷻ: ﴿إنما وليكم الله ورسوله والذين آمنوا الين يقيمون الصلاة ويؤتون الزكاة وهم راكعون﴾ [المائدة:٥٥]، فقد أعطت هذه الآية المباركة الولاية لله ﷻ وللرسول ﷺ ولأمير المؤمنين على (ع)؛ لأنه (ع) الوحيد الذى آتى الزكاة وهو راكع فى صلاته كما صرحت بذلك الأخبار المعتبرة ....

الشاوى رأينا فى "تعليق-٧- ": إشارته إلى وجود نص قرآنى يمنح الولاية لأمير المؤمنين على بن أبى طالب (دون غيره من الصحابة) فهذا تفسير خاص بالفقه الشيعى، أما فى الفقه السنى فإن ولايته مستمدة من اختياره للخلافة بقرار من أهل الشورى، وبهذا يستوى فى فقهنا مع من سبقه من الخلفاء الراشدين دون حاجة لنسبة العصمة له دون غيره ....

85، 86 - النصوص الإلهية هي الركن الشرعي :

تتميز شريعتنا بأن نظامها الجنائى ليس محصورا فى النصوص التى تفرض عقوبات جنائية على الأفعال المكونة للجرائم، كما هو الشأن فى القوانين الوضعية التى جرى العرف على تسميتها "قوانين العقوبات" - وإنما تبدأ النصوص الإلهية بما يسمى الأحكام التكليفية، أى النصوص الشرعية التى تتضمن أوامر ونواهى موجهة إلى المخاطب بالشريعة، والذى يُوصف بأنه "المُكلَّف"، أى الشخص الذى توافرت فيه شروط المسئولية عن أفعاله وسلوكه، وتفرض عليه عقيدته الالتزام بالتكاليف التى تأمره وتنهاه، وتفرض عليه قيما أخلاقية وسلوكية فى حياته .

إن اهتمام شريعتنا بالنصوص التكليفية قبل النصوص العقابية يؤكد اختلافها عن "القوانين الوضعية" التى تجعل موضوعها فقط تحديد الجرائم بحسبانها سببا للعقوبات، ولا ترى داعيا للنص على الأوامر والنواهى الأخلاقية لأن مجرد النص على الجريمة وعقابها فى نظرهم يكفى لتحريم الفعل المكون لها. لكن شريعتنا تبدأ بإقناع المخاطب بالالتزام بتجنب هذه المحظورات الشرعية، وهذا هو دور "العقيدة".

إن الطبيعة الإلهية والدينية فى شريعتنا لا تتبع المنهج "الوضعى"، لأن نصوصها تخاطب أولا ضمير الفرد، وترشده عقيدته ذاتها إلى السلوك الشرعى الصحيح وتلزمه به - فالهدف التربوى والإرشادى هو الأساس فى النصوص الشرعية - لأن التربية هى المهمة الأولى والهدف الأول للعقيدة والدين - وهذه التربية تشمل ما يدخل ضمن "الأخلاق". فشريعتنا لا تفصل بين العقيدة والأخلاق والقوانين. وهى بهذا تمتاز عن النصوص الوضعية وتختلف عنها من حيث منهاجها وطبيعتها.

وعلى ذلك، فإن وصف القوانين الجنائية الصادرة عن الدولة بأنها "وضعية " يُقصد به أنها ليست إلا مبينة لأسباب العقاب وشروطه، ولا تهتم بتربية الفرد على السلوك القويم لأن ذلك فى نظر الفقه "الوضعى" من اختصاص علم الأخلاق ومبادئ الأديان المنفصلة عن "القوانين" .

إن القوانين الوضعية، تكون بذلك مكملة وتابعة لمبادئ الدين والأخلاق، ولا تستغنى عنها ولا تُغنى عنها كما يريد اللادينيون والعلمانيون الذين ينادون بفصل الدين عن الدولة وقوانينها.

❁ عقيدة الحساب فى اليوم الآخر لا يغنى عنها العقاب الجنائي القضائي :

إن من يصفون أنفسهم بأهم عَلمانيون أو لادينيون مخطئون، لأهم يتجاهلون العقائد الدينية والقيم الأخلاقية؛ بل يتنكرون لها ويريدون أن يخضع الفرد والمجتمع للقوانين الوضعية فقط، وهم بذلك يخلون بطبيعة تلك القوانين بحسباها مجرد تكملة وفرع تابع لما هو أهم منها وهو مبادئ الدين وقيم الأخلاق والتربية - فلا يجوز الاقتصار عليها واستبعاد تلك المبادئ الأساسية المهمة، لأن فصلها عن تلك المبادئ يُفقدها فاعليتها، ويفتح للأفراد باب التهرب منها لعدم اقتناعهم بالقيم التى تستند إليها .

إن وصفنا للقوانين المستوردة بأها وضعية لا يقصد به فقط أها من وضع البشر أو الدولة أو من يتكلمون باسمها بالحق أو بالباطل ليعطوا لأنفسهم سلطة تشريعية ذاتية لا تلتزم بعقيدتنا ولا شريعتنا الإلهية، وإنما يقصد به أيضا أن هناك فرقا أساسيًا فى فقهنا بين ما يُعْرف بالأحكام التكليفية التى هى منبع الأوامر والنواهى الشرعية ووعاؤها، وبين ما يسميه فقهاؤنا الأحكام الوضعية التى تقتصر على بيان أسباب العقاب وشروطه .

إن ما يقصد بالأحكام الوضعية هو ما يتضمن وضع أسباب أو شروط أو موانع، دون ربطها بالأحكام التكليفية، وهذا هو شأن القوانين التى تفرضها الدول دون أن تشير إلى التكاليف الدينية والأخلاقية التى تربطها بالعقيدة، ويريد اللادينيون أن يفصلوها عن القيم الأخلاقية والعقائد الدينية، وينتج عن ذلك قصورها فى إقناع الأفراد بطاعتها والالتزام بها كلما وجدوا وسيلة للهروب من العقاب، وهذا هو شأن أكثر مرتكبي الجرائم الذين يتخذون كل ما يستطيعون من احتياطات ليفلتوا من المحاكمات والأحكام "الوضعية".

ثم إن الفقه لا يقف عند الأحكام الوضعية أو التكليفية. بل إنه يستفيد منها فى استكشاف المقاصد السامية لتلك الأحكام التى يستنبط منها المبادئ والنظريات التشريعية العامة التى توصله لاستنباط أحكام يواجه بها ما يستجد من مشكلات وقضايا - تحتاج إلى حلول تناسب ظروف الزمان والمكان - ولا يكون اختيار هذه النصوص المحدودة عشوائيا بل تكون فى مجموعها أساسا لكل ما يحتاج إليه المجتمع الصالح من قيم ومثل عليا هيمن على تشريعنا فى جميع فروعه وأحكامه ...

عوده ٨٧- *قواعد أصولية شرعية* : من القواعد الأساسية في الشريعة الإسلامية : أنه "لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص"، أي أن أفعال المكلف المسئول لا يمكن وصفها بأنها محرمة مادام لم يرد نص بتحريمها، ولا حرج على المكلف أن يفعلها أو يتركها حتى ينص على تحريمها ...

وهناك قاعدة أساسية أخرى تقتضي بأن : "الأصل في الأشياء والأفعال الإباحة"، أي أن كل فعل أو ترك مباح أصلا بالإباحة الأصلية، فما لم يرد نص بتحريمه فلا مسئولية على فاعله أو تاركه ...

وهاتان القاعدتان(١) تؤديان معنى واحدا،-٨- هو أنه لا يمكن عَدّ فعل أو ترك جريمة

الصدر تعليق "رقم-٨- ": فهما متفقان فيما ذكره المؤلف، وإن اختلفا فى جهة أخرى. فمحتوى القاعدة الأولى أن أفعال العقلاء قبل ورود النص الشرعى لا توصف بالإباحة ولا بالحرمة واقعا. ومحتوى القاعدة الثانية أن الأفعال قبل ورود النص الشرعى توصف بالإباحة ظاهرا، ومعنى الإباحة الظاهرية هى التى تعين الوظيفة الشرعية من ناحية إتيان الفعل وتركه حين عدم العلم بحكمه الواقعى. وقد أطال علماء الفقه الجعفرى فى التحدث عن هاتين القاعدتين وعن الاحتياط الشرعى وعن موارد كل من البراءة والاحتياط، فلتراجع الكتب الموسعة فى المقام ....

الشاوى رأينا فى "تعليق-٨-": تفرقة دقيقة لابد من ملاحظتها. فالإباحة الأصلية يقصد بها عدم تحريم الفعل، أما ما يسميه الإباحة الظاهرية فيقصد بها عدم تحريم الفعل فى زمان معين ومكان معين لعدم وجود نص وضعى على عَدّه جريمة معاقبا عليها. فالتحريم أوسع نطاقا من التحريم، أى أن المحرمات ليست كلها جرائم معاقبا عليها ....

(١) القاعدة الأخيرة يأخذ بها أكثر الحنفية والشافعية، والقاعدة الأولى يقول بها غيرهم وهم الذين يرون أن الإباحة تستدعى مبيحا، والمبيح هو الله ﷻ إذا خير بين الفعل وتركه بخطابه، فإذا لم يكن خطاب لم يكن تخيير ولا إباحة، فالأفعال عند هؤلاء لا محظورة ولا مباحة، ولا حرج فى إتيانها أو تركها حتى ينص على حظرها أو إباحتها .

وهناك فريق يأخذ بالقاعدة الثانية على أساس أن معنى الإباحة هو ألا حرج فى إتيان الفعل .

وقد كان هذا الخلاف سببا فى وضع هاتين القاعدتين الأصوليتين، ومن شاء أن يستزيد فليراجع الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى الجزء الأول ص/ ١٣٠ وما بعدها، والمستصفى للغزالى ج/ ١ ص/ ٦٣ وما بعدها، ومسلم الثبوت ج/١ ص /٤٩، والإحكام فى أصول الأحكام لابن حزم ج/١ ص/٥٢ وما بعدها .

〈عوده〉 إلا بنص صريح-٩- يحرم الفعل أو الترك. فإذا لم يرد نص يحرم الفعل أو الترك فلا مسئولية ولا عقاب على فاعل أو تارك. ولما كانت الأفعال المحرمة لا تُعَدّ جريمة في الشريعة بتحريمها وإنما بتقرير عقوبة عليها سواء كانت العقوبة حدا أو تعزيرا، فإن المعنى الذي يستخلص من ذلك كله هو أن قواعد الشريعة الإسلامية تقضي بأن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص ...

وهناك قاعدة أصولية ثالثة تقضي بأنه "لا يكلف شرعا إلا من كان قادرا على فهم دليل التكليف، أهلا لما كلف به،-١٠- ولا يكلف شرعا إلا بفعل ممكن مقدور للمكلف معلوم له علما يحمله على امتثاله"(١) ...

فهذه القاعدة تبين الشروط الواجب توافرها في المكلف، أي الشخص المسئول، والشروط الواجب توافرها في الفعل المكلف به ...

فأما المكلف فيشترط فيه أولا : أن يكون قادرا على فهم دليل التكليف، أي أن يكون في استطاعته فهم النصوص الشرعية-١١- التي جاءت بالحكم التكليفي؛ لأن العاجز عن الفهم لا يمكن أن يمتثل ما كلف به ...

ثانيا : أن يكون أهلا لما كلف به، أي أن يكون أهلا للمسئولية وأهلا للعقوبة ..

أما الفعل المكلف به فيشترط فيه :

أولا : أن يكون ممكنا، فلا تكليف بمستحيل ...

〈الصدر〉 تعليق "رقم-٩-": بل إلا بدليل معتبر كما أشرنا إلى ذلك آنفا، نصا كان لا يحتمل معنى آخر أو ظاهرا فى معناه عرفا وإن احتمل سواه لفظيا كان، كآية مباركة، أو حديثا معتبرا أو لم يكن لفظيا كالإجماع والسيرة وهو المسمى باصطلاح علماء الفقه والأصول بالدليل اللبى سواء كان الدليل المثبت للحرمة مشتملا على بيان استحقاق العاصى للعقاب، أو كان مجردا عن بيان العقاب ومقتصرا على النهى عن الفعل.

〈الشاوى〉 رأينا فى "تعليق-٩- ": يشير إلى ما سبق أن أيدناه، وهو عدم حصر التحريم بالنصوص الشرعية (يقصد بها الكتاب والسنة)، بل يكفى أى دليل معتبر بما فى ذلك ما سماه "الدليل اللبى" ويقول إنه يشمل الإجماع والسيرة (نعتقد أنه يقصد بها السنة العملية)، ويؤسفنا أن يتجاهل الاجتهاد.

〈الصدر〉 تعليق "رقم-١٠ -": ولو بإفهام غيره له الجهلة باللسان، فإن الشرط هو إمكان تفهيمه الحكم المستفاد من الدليل على الحرمة أو الوجوب، وإن لم يكن قادرا على فهم تفاصيل الحكم الشرعى..

〈الصدر〉 تعليق "رقم-١١-": بالمعنى السابق ....

〈الشاوى〉 رأينا فى "تعليقى-١٠- و -١١- ": بشأن الفهم والعلم، يشير إلى أن المقصود هو مجرد إمكان الفهم والعلم، وليس خصوص العلم والفهم فعلا، ولا اعتراض على ذلك ....

---

(١) أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص / ١٧٣ ....

عوده ثانيا : أن يكون مقدورا للمكلف، أي في قدرة الشخص إتيانه أو تركه، فإن لم يكن كذلك فلا يصح التكليف به ...

ثالثا : أن يكون الفعل بعد إمكانه وقدرة المكلف عليه معلوما للمكلف-١٢- علما تامّا يحمله على الامتثال. والعلم التام الذي يحمله على الامتثال يقتضي :

(أ) العلم بالأحكام التكليفية، ولا تكون معلومة إلا إذا نص عليها ونشر نصها على الكافة، فمن لم يعلم بأمر أو نهي لا يمكن أن يأتمر به أو ينتهي عنه.-١٣- وتطبيق هذا الشرط على الجرائم يعني أن لا جريمة بلا نص ينشر على الناس ...

(ب) أن يكون في الحكم ما يحمل المكلف على الامتثال ويكفه عن العصيان، وهذا يقتضي علم المكلف بأنه سيعاقب على عدم الطاعة. وتطبيق هذا الشرط على الجرائم معناه أن النص على الجريمة يقتضي النص على العقوبة-١٤- ...

وظاهر بجلاء من هذه القاعدة الأصولية أنها تعني كالقاعدتين السابقتين أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص-١٥- ...

الصدر تعليق "رقم-١٢-": لا يشترط فى الفعل المكلف به أن يكون معلوما للمكلف، لبداهة صحة تكليف الجاهل إذا كان متمكنا من امتثاله في الزمان الذي يجب عليه امتثاله، ولا يتوقف صحة التكليف على العلم به مع وضوح أن التكليف لو لم يسبق العلم فبماذا يتعلق العلم يا ترى؟ فلابد من تقدم التكليف على العلم ليتعلق العلم به ...

الصدر تعليق "رقم-١٣-": إن الإنسان المكلف بصفته عبد الله إذا احتمل وجود أحكام صادرة منه سبحانه وكان قادرا على امتثاله، فإن العقل يلزمه بالفحص عليها مقدمة لامتثالها وإطاعتها، فلا يتوقف إمكان امتثال الأحكام على العلم بها ...

الشاوى رأينا فى "تعليقى-١٢-و-١٣-": راجع رأينا على تعليقى-١٠- و-١١-... كما أنه يؤكد أن الفهم يمكن أن يكون بواسطة شخص آخر وليس من الضروري أن يكون مباشرا، ويضيف أن الفرد يلتزم بالفحص عن التكاليف للامتثال بها ...

ونحن نضيف أن المجتهدين وأهل الذكر عليهم واجب تسهيل الفهم والعلم على جميع الأفراد، وذلك عن طريق الشرح والدعوة والتقنين الذي نقول دائما إنه واجب في هذا العصر وما بعده ..

الصدر تعليق "رقم-١٤-": لازم الجريمة استحقاق مرتكبها العقاب، اشتمل النص على بيان العقوبة أو لم يشتمل، فلا يشترط في صيرورة الفعل جريمة اشتمال النص على العقاب كما ألمحنا إلى ذلك آنفا.

الصدر تعليق "رقم-١٥-": بالمعنى الآنف الذكر ...

الشاوى رأينا فى "تعليقى-١٤-و-١٥-": كلمة النص في قوله بعدم اشتراط اشتمال النص على العقاب فإن المقصود هنا هو نصوص الكتاب والسنة، أما تطبيق مبدإ أنه لا عقوبة إلا بنص في التعازير فيكفي فيه وجود نص وضعي في الفقه أو القضاء، والتقنين هو الصورة العصرية للفقه ...

﴿عوده﴾ ٨٨ ـ *مصدر هذه القواعد الأصولية* : وهذه القواعد الأصولية التي تقطع بأن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص-١٦- في الشريعة الإسلامية، لا تستند فيما جاءت به إلى العقل والمنطق، ولا تستند إلى نصوص الشريعة العامة التي تأمر بالعدل والإحسان، وتحرم الظلم والحيف، وإنما تستند إلى نصوص خاصة-١٧- صريحة في هذا المعنى، منها قوله ﷻ : ﴿وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا﴾[الإسراء: ١٥]، وقوله ﷻ: ﴿وما كان ربك مهلك القرى حتى يبعث في أمها رسولا يتلو عليهم آياتنا﴾[القصص:٥٩]، وقوله ﷻ : ﴿لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل﴾[النساء:١٦٥]، وقوله ﷻ : ﴿لأنذركم به ومن بلغ﴾ [الأنعام:١٩]، وقوله ﷻ :﴿لا يكلف الله نفسا إلا وسعها﴾ [البقرة:٢٨٦]، وقوله ﷻ :﴿قل للذين كفروا إن ينتهوا يُغْفَر لهم ما قد سلف﴾ [الأنفال:٣٨]. فهذه النصوص قاطعة في أن لا جريمة إلا بعد بيان، ولا عقوبة إلا بعد إنذار، وأن الله لا يأخذ الناس بعقاب إلا بعد أن يبين لهم وينذرهم على لسان رسله، وأنه ما كان ليكلف نفسا إلا بما تطيقه ...

الصدر تعليق "رقم-١٦-": بالمعنى السابق ..

الصدر تعليق "رقم-١٧-": منها قوله ﷻ في [سورة الطلاق:٧]. ﴿لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها﴾.

الشاوى رأينا فى "تعليق-١٧-": يؤيد ما قاله فقيهنا بوجود نصوص قرآنية على مبدإ "أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص". وكنا نود لو أنهما أشارا إلى أن مثل هذه النصوص تؤيد العقل والمنطق والمبادئ الشرعية الخاصة بالعدل والإحسان، ولذلك لم يكن هناك مبرر لاستبعادها ...

87، 88 – مبدأ "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص شرعي"ومنابعه القرآنية :

نحن نهتم كثيرا بهذا المبدإ، ونقدر له عنايته بإرجاع كل نقاط بحثه إلى منابعها الإلهية فى نصوص القرآن الكريم وحرصه على الإحاطة بها – ونرجو أن يكون هذا هو المنهاج الذى يتبعه الجميع فى عمليات التنظير، حيث إن القرآن هو دستور الشريعة ومصدرها الإلهى الذى يضمن لها السمو والخلود والتجدد الدائم .

والتفرقة بين ما يُعَدّ حكما تكليفيا وما يُعَدّ نصا "وضعيا" هى من أهم إنجازات أسلافنا، وأهم نتائجها هى أن كل حكم وضعى يجب أن يكون أساسه قاعدة تكليفية سواء صرح بها المشرع أم تركها للدين والأخلاق. وهذا يبين أهمية دور الدين والأخلاق فى المجتمع وفى النظم الاجتماعية والجنائية بشكل خاص. وميزة أخرى لفقهائنا هى عنايتهم بشروط "التكليف"، وهى ما نسميه فى عصرنا "بالمسئولية". ومبدأ أن الأصل فى الأشياء الإباحة، معناه أن كل ما لم يرد نص بتحريمه مباح، ولذلك قالوا "لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص".

ويسرنا تأكيده على أن هاتين القاعدتين هما أساس مبدإ أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص صريح، وأن هذا المبدأ من أهم أصول شريعتنا .

وكما قلنا إن فقهاءنا يربطون بين هذا المبدإ وما يشترط من إمكان علم المكلف بالنص التكليفى علما كافيا يحمله على امتثاله. ولا يوجد هذا العلم إلا إذا كان قادرا على فهم دليل التكليف، وهذا هو أساس شروط المسئولية التى يجب توافرها فى المكلف.

كما أنه أساس الشروط اللازمة فى الفعل المكلف به، وشروط علم المكلف بالنص وأهمها أن يكون العلم المتوافر لدى الشخص كافيا لحمله على الامتثال لما كلف به، والمفروض أن يكون المكلف عالما بالنص أو قادرا على أن يعلمه ..

* * *

وهذا المبدأ تقرره نصوص قرآنية صريحة، ذكر منها آية الإسراء (رقم 15) والقصص (رقم 59) والنساء (رقم 165) والأنعام (رقم 19) ...إلخ .

من هذه الآيات القرآنية يستمد الفقه القواعد الأصولية التى أشرنا إليها، مما يؤكد أنه لا يمكن عَدّ أى فعل جريمة إلا بنص صريح، وأن الأفعال المحرمة لا تُعَدّ جريمة جنائية إلا بتقرير العقوبة عليها، وأن ما لم يرد نص شرعى أو فقهى (تقنيني أو قضائي) بتجريمه والعقاب عليه فلا مسئولية جنائية على فاعله ولا عقوبة .

<عوده> ٨٩ ـ *متى وجدت قاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص؟* : وجدت هذه القاعدة في الشريعة الإسلامية من مدة تزيد على ثلاثة عشر قرنا،حيث جاءت بها نصوص القرآن كما بينا. وبهذا تمتاز الشريعة على القوانين الوضعية التي لم تعرف هذه القاعدة إلا في أعقاب القرن الثامن عشر الميلادي، حيث أدخلت في التشريع الفرنسي كنتيجة من نتائج الثورة الفرنسية، وقررت لأول مرة في إعلان حقوق الإنسان الصادر في سنة ١٧٨٩م، ثم انتقلت القاعدة من التشريع الفرنسي إلى غيره من التشريعات الوضعية ...

٩٠ ـ *كيف طبقت الشريعة القاعدة ؟* : بينا فيما سبق أن القاعدة العامة في الشريعة أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص، ودللنا على ذلك بإيراد النصوص الشرعية التي تقرر القاعدة، وبإيراد القواعد الأصولية التي وضعت تطبيقا لهذه القاعدة العامة. وإذا كانت الشريعة تقضي بتطبيق القاعدة على كل الجرائم، فإن الشريعة لا تطبق القاعدة على غرار واحد في كل الجرائم، بل إن كيفية التطبيق تختلف بحسب ما إذا كانت الجريمة من جرائم الحدود، أو جرائم القصاص والدية أو جرائم التعازير. وسنرى فيما يلي كيف طبقت الشريعة القاعدة على مختلف أنواع الجرائم .

89، 90 – سبق شريعتنا وتدرجها فى تطبيق مبدإ الشرعية :

إن الشريعة تمتاز بسبقها على القوانين الوضعية الأوربية، إذ إنها قررت هذا المبدأ العام منذ أكثر من ثلاثة عشر قرنا، فى حين أن أوربا لم تعلنه إلا فى نهاية القرن الثامن عشر الميلادى بعد ثورات متعددة سالت فيها دماء كثيرة – وأعتقد أن كثيرين من المعاصرين فى حاجة إلى تذكيرهم بذلك فى كل مناسبة .

ومن الغريب أن لدينا من يسمون أنفسهم دعاة "التنوير" الذى ينسبون هذا المبدأ الشرعى إلى الثورة الفرنسية أو إعلان حقوق الإنسان الذى أصدرته الأمم المتحدة بعد ذلك – ويتجاهلون سبق الشريعة إلى ذلك – لأنهم يريدون لشعوبنا أن تكون عالة على الثقافة المستوردة وتعزل نفسها عن أصول شريعتها وثقافتها وعقيدتها بل وتاريخها كله .

وتمتاز شريعتنا بالتنوع فى طريقة التنفيذ، فقد حرص المشرع الإلهى على فرض العقوبة بنصوص قرآنية بالنسبة لعدد محدود من الكبائر، وهى الجرائم التى تدخل فى نطاق الحدود والقصاص – أما النصوص (الشرعية) التى يُستند إليها فى تجريم "التعازير"، فإنها جاءت عامة تكتفى ببيان المعاصى والمحرمات من الأفعال فى الأحكام التكليفية، وتركت للمجتهدين تحديد ما يُعاقب عليه منها، كما حددت مجموعة من العقوبات يختار أهل الاجتهاد منها ما يناسب كل زمان ومكان .

ونحمد له حرصه على تعريف القاعدة بأنها "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" لأن هذا هو المبدأ الذى يعرفه أساتذة القانون الوضعى ودارسوه وطلابه . لكن الواقع أن المبادئ الشرعية المذكورة فى مستهل البند 87 فيما سبق، والتى نقلها عن فقهائنا: "لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص"، "والأصل فى الأشياء والأفعال الإباحة"، هى التى تتفق مع أصالة فقهنا وتدرج مصادره وتفاوتها .

إن القوانين الوضعية لا تعرف إلاّ نصّا واحدا هو الذى تصدره الدولة – أما فقهنا فإن النصوص "الشرعية" يقصد بها نصوص الكتاب والسنة فقط، وكل الأحكام الفقهية يجب أن تستمد منها مباشرة أو بطريق غير مباشر بالاجتهاد أو القياس بجميع أنواعه .

وإذا كنا نحن نرى وجوب تقنين الفقه الجنائى، فليس معنى ذلك أن نصوص التقنين تغنى عن الاستنباط من النصوص الشرعية أو تحل محلها – بل إن التقنينات تبقى فى نظرنا نصوصا فقهية مثل نصوص كتب الأئمة والفقهاء – كل ما هنالك أنها تصاغ فى صورة مواد وأبواب وفصول لتسهيل ضبطها والرجوع إليها – وقد قام كثير من فقهائنا بنظم أحكام الفقه شعرا – وهذا التقنين هو النظم الذى توصلت له العلوم القانونية العصرية وتعوده الجمهور والأساتذة والباحثون، فمن الأولى تقديم فقهنا لهم فى هذه الصورة العصرية – دون أن يكون ذلك سببا لتحويلها إلى قوانين وضعية، بل تبقى فقها مستنبطا من النصوص الشرعية بطريق غير مباشر.

الفرع الأول
لا جريمة ولا عقوبة بلا نص في جرائم الحدود

﴿عوده﴾ ٩١ - *أثر القاعدة في جرائم الحدود* : طبقت الشريعة قاعدة أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص تطبيقا دقيقا في جرائم الحدود، وهذا ظاهر بجلاء من تتبع النصوص التي وردت في هذه الجرائم ..

وجرائم الحدود سبع :-١٨-

(١) الزنا (٢) القذف (٣) الشرب (٤) السرقة
(٥) الحرابة (٦) الردة (٧) البغي

ففي جريمة الزنا يقول الله ﷻ : ﴿ولا تقربوا الزنا﴾ [الإسراء: ٣٢]. ويقول:-١٩- ﴿الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾ [النور:٢]. ويقول الرسول ﷺ: "خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلا: البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام، والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة". فهذه النصوص تحرم الزنا وتعاقب عليه بالتغريب والجلد والرجم، وهى كل العقوبات-٢٠- المقررة للزنا في الشريعة ...

الصدر | تعليق "رقم-١٨-": ذكرنا آنفا أن الفقه الجعفري يضيف إلى ذلك ثلاث جرائم وهى اللواط والمساحقة والقيادة ...

الشاوى | رأينا فى "تعليق-١٨-": ما قاله في التعليق سبق أن عارضناه في مناقشتنا للتعليق رقم-٦- على البند (٥١) ...

الصدر | تعليق "رقم-١٩-": ويقول ﷻ في سورة الفرقان (٦٨ ، ٦٩) في صفات المؤمنين : ﴿ولا يزنون ومن يفعل ذلك يلق أثاما * يضاعف له العذاب يوم القيامة ويخلد فيه مهانا﴾.

الشاوى | رأينا فى "تعليق-١٩-": يشير إلى نصوص أخرى يرى أنها تحرم الزنا وتعاقب عليه ...

الصدر | تعليق "رقم-٢٠-" : وفي الفقه الجعفري عقوبة أخرى هى القتل، وهو عقوبة للزاني في ثلاث حالات. الأولى : من زنى بإحدى محارمه فإن حده القتل، للحديث المعتبر المروي عن أحد الإمامين : إما محمد بن علي الباقر، وإما جعفر بن محمد الصادق، إنه (ع) قال : "من زنى بذات محرم حتى يواقعها ضرب ضربة بالسيف". ويشهد لصحة هذا الحكم من طرق حفاظ السنة والجماعة ما في الجزء التاسع من كتاب المغنى لابن قدامة ص/٢٦ عن الجوزجاني وابن ماجه بإسنادهما عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ. "من وقع على ذات محرم فاقتلوه". =

= الثانية : الكافر إذا زنى غير المسلم بمسلمة فإن الرأي السائد بين فقهاء المذهب الجعفري أن حده القتل وإن لم يكن محصنا، ويدل على ذلك الخبر المعتبر الذي يرويه حنان بن سدير عن الإمام جعفر بن محمد الصادق (ع). أنه سئل عن يهودي فجر بمسلمة فقال : يُقتل ...

ويشهد لصحة هذه الفتوى ما اتفق عليه المسلمون من أن الكافر لا يصح له السكنى في بلد الإسلام إلا مع الالتزام بشرائط الذمة التي منها ألا يفسد نساء المسلمين، فإذا زنى بمسلمة فقد خالف هذا الشرط وخرج عن الذمة فيجب قتله ..

الثالثة : الحالة الثالثة التي يكون حد الزاني فيها القتل هي ما لو أكره الرجل امرأة فزنا بها، يدل على صحة هذه الفتوى أخبار معتبرة مروية عن أئمة أهل البيت (ع) منها خبر العجلي المعتبر الذي يرويه عن الإمام محمد بن علي الباقر (ع) أنه سئل عن رجل اغتصب امرأة فرجها، قال يقتل محصنا كان أو غير محصن. ويؤكد صحة هذا الرأي ما في كتاب أعلام الموقعين لابن قيم ص/٣٧١، قال : خرجت امرأة تريد الصلاة فتحللها رجل فقضى حاجته منها، فصاحت وفر، ومر عليها غيره فأخذوه فظنت أنه هو، وقالت هذا الذي فعل بي، فأتوا به النبي ﷺ فأمر برجمه، فقام صاحبها الذي وقع عليها فقال أنا صاحبها. فقال لها النبي ﷺ: اذهبي فقد غفر الله لك، وقال للرجل قولا حسنا فقالوا ألا ترجم صاحبها؟ فقال : لا لقد تاب توبة لو تابها أهل المدينة لقبل منهم ..

وذكر ابن قيم أن هذا الحديث ذكره أحمد والسنن، ومن البديهي أن الرواية دالة على أن عقاب المكره القتل محصنا كان أو غير محصن، فإن النبي ﷺ لم يستفسر عن إحصان الرجل الأول وعدم إحصانه حينما أمر برجمه، كما أن الصحابة لم يسألوا عن إحصان الرجل الثاني وإنما طلبوا رجمه، وما ذاك إلا أن المرتكز في أذهانهم أن عقاب المكره القتل، وقد أمضى النبي ﷺ ما في أذهانهم وعلل عدم قتله بتوبته ...

نعم إن الرواية ظاهرة في تعيين الرجم، والأخبار التي ذكرناها آنفا ظاهرة في عدم وجوبه، وإذا أردنا أن نأخذ محتوى الدليلين فإن ذلك يقتضي الحكم بالتخيير بين القتل والرجم ...

هذه أدلة لزوم القتل في الصور الثلاث، وإن لم يكن محصنا، وهذا هو الموافق للذوق السليم أيضا، فإن الزنا بالمحارم أكبر ذنبا وأعظم وزرا، ومتى ما عظم الجرم فلابد وأن يعظم الحد، كما أن في زنا الكافر بالمسلمة تحديا للمسلمين وخروجا عما يجب عليه تجاههم، فكان اللازم أن يزيد عقابه على عقاب الكافر لوزنى بكافرة، أو عقاب المسلم إذا زنى بمسلمة ...

أما من أكره امرأة وزنى بها فهو يجمع بين جرمين وقد اقترف ذنبين فكان لابد من تشديد عقابه، بل يمكن المصير إلى أن هذا الفعل داخل في الإفساد، وأن عامله ممن يصدق عليه أنه يسعى في الأرض فسادا. =

﴿عوده﴾ وفي جريمة القذف يقول ﷻ: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون﴾ [النور: ٤]. فهذا النص يحرم القذف ويعاقب عليه بعقوبة أصلية هي الجلد، وبعقوبة تبعية هي الحرمان من حق أداء الشهادة، وليس للقذف في الشريعة عقوبة غير هاتين العقوبتين .

الشاوي = رأينا في "تعليق-٢٠-": إنه يفرق بين عقوبة الرجم وعقوبة القتل مع أن التفرقة في نظرنا محصورة في أداة تنفيذ العقوبة لا في نوع العقوبة، وقد أشرنا إلى أن تحديد أداة القتل لا يلزم فيه نص.

ثم إنه يشير إلى أن الفقه الجعفري يوجب عقوبة القتل في ثلاث حالات من زنا غير المحصن أو المحصن، ومعنى ذلك أنهم أضافوا ثلاث ظروف توجب تشديد عقوبة الزنا المنصوص عليها في القرآن، وهي: كون المرأة محرما للزاني، وكونها مسلمة وهو كافر، وكون الفعل وقع بالإكراه .

ويمكن الاعتراض على هذا الرأي لأنه يضيف ظرفا مشددا لعقوبة حدية، قياسا على الإحصان الذي هو الظرف المشدد الذي يستوجب القتل رجما على الرأي الراجح في الفقه، وقد سبق أن قلنا إن العقوبات الحدية لا يجوز التوسع فيها بطريق القياس لأن الواجب هو تضييق نطاقها لا توسيعه.

يضاف لذلك أن فقهنا فيه رأي بأن عقوبة الزنا في جميع الحالات هي ما نصت عليه آية النور (مائة جلدة) سواء كان الزاني محصنا أو غير محصن، وقد رجحنا هذا الرأي؛ لأنه لا يجوز القول بأن النص القرآني قد نسخ جزئيا بما ينسب إلى السنة من حوادث (رجحنا أن تكون سابقة على نزول الآية الكريمة لا بعدها) ...

ومع ذلك، فإننا نرى أن الظروف المشددة التي ذكرها، وكذلك ظرف الإحصان تستوجب تشديد العقوبة، لأن الزنا فيها مقترن بجريمة أخرى أشد منه (وإن كانت عقوبتها التعزير)، وهي: الخيانة الزوجية في حالة الإحصان، والإكراه في الاغتصاب، والعدوان على المحارم أو الفساد في الأرض بعدوان غير مسلم على عرض مسلمة مخالفا بذلك عقد الذمة أو الأمان أو حرمة المسلمين جميعا وكرامتهم ...

وما ذهب إليه الشيعة من فرض عقوبة القتل بسبب هذه الظروف المشددة لجريمة الزنا يتفق مع منطق من يقولون بأن الرجم هو الحد في زنا المحصن كما يقول كثيرون ...

أما الذين ينكرون هذه العقوبة ويتمسكون بعموم نص القرآن الذي فرض عقوبة الجلد، فإن التشديد الذي يمكن قبوله في هذه الأحوال يكون بزيادة عدد الجلدات طبقا للمبدإ الذي دافعنا عنه من قبل، وهو أن العقوبات الحدية هي العقوبات القصوى في الجرائم المقرر لها، ولا يجوز فرض نوع من العقوبات أشد منها في تلك الجرائم، ونحن نرجح هذا القول ...

عوده وفي جريمة الشرب يقول ﷻ :﴿إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه﴾ [المائدة:٩٠]. ويقول الرسول ﷺ : "كل مسكر حرام". ويقول: "ما أسكر كثيره فقليله حرام". وهذه النصوص قاطعة في تحريم تناول الخمر والمسكرات ...

أما العقوبة، فقد عين النبي ﷺ نوعها بقوله : "اضربوه". ولكن لم يؤثر عنه أنه حدد مقدار العقوبة تحديدا قاطعا. وقد روي عنه أنه ضرب أربعين في الخمر، وروي عنه أن الضرب لم يكن محدد العدد. وفي عهد عمر (رضي الله عنه) أجمع الصحابة على أن يضرب شارب الخمر ثمانين جلدة قياسا على القاذف، لأن الشارب إذا سكر هذى وإذا هذى افترى، فالعقوبة إذن تحددت بقول الرسول وعمله وإجماع الصحابة؛-٢١- وسنة الرسول مصدر من مصادر التشريع الإسلامي، وإجماع الصحابة مصدر آخر من مصادر هذا التشريع، أي أن السنة والإجماع يقوم كلاهما مقام النص على العقوبة...

وفي جريمة السرقة يقول ﷻ :﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله﴾ [المائدة:٣٨]. فهذا النص يحرم السرقة ويحدد عقوبتها ...

وفي جريمة الحرابة يقول ﷻ :﴿إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا أن يقتّلوا أو يصلبوا أو تقطّع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم﴾ [المائدة:٣٣]. فهذا النص يحرم الحرابة والسعي بالفساد في الأرض، ويعاقب على ذلك بالنفي والقطع والقتل والصلب ...

الصدر تعليق "رقم-٢١-": لا يعتمد علماء الشيعة على إجماع الصحابة ما لم يكن سببا لحصول العلم برأي المعصوم، وهذا الشرط متحقق في هذا الإجماع على ما تشهد به الروايات من أن أمير المؤمنين علي (ع) هو الذي أشار على الخليفة الثاني بذلك وقوله (ع) حجة، إذ لا ريب عند الشيعة الإمامية في عصمة أئمة أهل البيت الاثنى عشر (ع) ...

الشاوى رأينا فى "تعليق-٢١-": ما قاله سبق أن ناقشناه في تعليقه رقم (٥٩) على البند (٨٠)، وعارضنا أقواله بشأن ما يقصد بإجماع الصحابة واجتهاداتهم، وكذلك بشأن عصمة الإمام علي بن أبي طالب وآل البيت التي لا يعترف بها الفقه السني ...

عوده وفي جريمة الردة يقول الله ﷻ:-٢٢- ﴿ومن يبتغ غير الإسلام دينا فلن يقبل منه﴾ [آل عمران:٨٥]. ويقولﷻ :﴿ومن يرتَددْ منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة﴾ [البقرةَ:٢١٧].ويقول النبي ﷺ:"من بدل دينه فاقتلوه". ويقول أيضا: "لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة". فهذه النصوص تحرم الردة وتعاقب عليها بالقتل.

وفي جريمة البغي يقول ﷻ :﴿وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله﴾ [الحجرات:٩]. يقول النبي ﷺ: "من أتاكم وأمْرُكُمْ على رجل واحد-٢٣- يريد أن يشق عصاكم ويفرق جماعتكم فاقتلوه" ...

الصدر تعليق "رقم-٢٢-": لا تختص الآية المباركة بجريمة الردة، لما فيها من الحكم بأن الله ﷻ لا يقبل غير الإسلام دينا، وهي شاملة للمرتد عن الإسلام وللكافر الأصلي. ويدل على حكم المرتد عن الإسلام جملة من الأخبار المعتبرة عند الشيعة الإمامية المروية عن أئمتهم (ع). فمنها ما روى عن الإمام محمد بن علي الباقر أنه قال : "من رغب عن الإسلام وكفر بما نزل على محمد ﷺ فلا توبة له، وقد وجب قتله، وبانت منه امرأته، ويقسم ما ترك على ولده". ومنها ما روى عن الإمام جعفر بن محمد الصادق (ع) أنه قال: "كل مسلم بين مسلمين ارتد عن الإسلام وجحد محمدا بنبوته وكذبه، فإن دمه مباح لكل من يسمع ذلك منه، وامرأته بائنة منه يوم ارتد، فلا تقربه، ويقسم ماله على ورثته، وتعتد امرأته عدة المتوفى عنها زوجها وعلى الإمام أن يقتله" ...

الشاوي رأينا فى "تعليق-٢٢-": رأيه يوافق رأي فقيهنا بشأن ما يرتبونه على الردة، وما يترتب عليها من إهدار، ولكن لنا رأيا يتعلق بالإهدار عموما يختلف عن رأيهم كما سنوضحه في حينه.

الصدر تعليق "رقم-٢٣-": المراد به رئيس الدولة الإسلامية بحق، المطبق للإسلام والسائر على هداه، والمأمور بقتله من لا يتبع سنة الله ولا يستنير بها، كما يشهد لذلك ما روي عنه ﷺ أنه قال: "قد كتب على المؤمنين الجهاد في الفتنة من بعدي، كما كتب عليهم الجهاد مع المشركين معي". فقال السائل: يا رسول الله ما الفتنة التي كتب علينا فيها الجهاد؟ قال ﷺ: "فتنة قوم يشهدون أن لا إله إلا الله، وأني رسول الله وهم مخالفون لسنتي، طاعنون في ديني". قال السائل: قلت: فعلام نقاتلهم يا رسول الله وهم يشهدون أن لا إله إلا الله وأنك رسول الله؟ فقال: "إحداثهم في ديني وفراقهم لأمري".

الشاوي رأينا فى "تعليق-٢٣-": ومع ذلك فنحن نشكر للسيد الصدر حرصه على تذكيرنا بمبدإ أنه لا توجه تهمة البغي طبقا للحديث الشريف المذكور في المتن إلا لمن يخرج على إمام شرعي مطبق للإسلام وملتزم بشريعته، وأول أحكامها أن الأمر شورى وليس بالغلب والقوة ...

(عوده) يقول ﷺ: "ستكون هنات وهنات فمن أراد أن يفرق هذه الأمة وهى جمع فاضربوه بالسيف كائنا من كان". فهذه النصوص تحرم بغي طائفة على طائفة، وتجعل جزاء البغي القتال والقتل حتى يفيء الباغي ويرجع عن بغيه ...

هذه هى جرائم الحدود ليس فيها جريمة إلا نص على تحريمها ونص على عقوبتها. بل لقد عينت الشريعة العقوبات في جرائم الحدود تعيينا دقيقا بحيث لم تترك للقاضي أى حرية في اختيار نوع العقوبة أو تقدير كمها، حتى ليمكن القول بأن هذه العقوبات ذات حد واحد حكما وإن كان بعضها يحتمل بطبيعته أن يكون ذا حدين، فلا تسمح الشريعة للقاضي أن ينقص العقوبة أو يستبدل غيرها بها أو يوقف تنفيذها، ولم تجعل الشريعة لظروف الجريمة أو المجرم أي أثر على عقوبات جرائم الحدود كما أنها لم تجعل للسلطة التنفيذية حق العفو عن هذه العقوبات؛-٢٤- ومن ثم سميت هذه العقوبات بالعقوبات المقدرة حقا لله إشارة إلى أنها محددة النوع والمقدار، وأنها لازمة فلا يمكن المساس بها.

(الصدر) تعليق "رقم-٢٤-": مع عدم توبة المجرم، أو مع توبته بعد ثبوت الجرم عليه بالبينة ... أما لو تاب قبل ثبوت الجرم عليه فلا إشكال في سقوط الحد عنه، وأما لو تاب بعد ثبوت الجرم بالإقرار، فيتخير الحاكم الشرعي بين إقامة الحد عليه وبين العفو عنه، وقد مر عليك ذلك آنفا، وقد ذكرنا موافقته للذوق السليم ...

(الشاوى) رأينا فى "تعليق-٢٤-": أنه خاص بأثر التوبة في سقوط العقوبة في الحدود عموما، وليس فقط في عقوبة البغي، وهذا أيضا موضعه في القسم الخاص، وقد سبق أن ذكرنا رأينا مقدما في تعليقنا السابق على البند (٧٤) ...

وسوف نتوسع في موضوع أثر التوبة في حاشية البند (٥٣٠) فيما بعد ..

كما نلاحظ أن المعلق الشيعي كان دقيقا في موضوع العفو، فأشار إلى حق (الحاكم الشرعي) ونعتقد أنه يقصد بذلك المجتهد سواء كان قاضيا أو فقيها – وهذا هو رأينا– في حين أن فقيهنا في الصلب يشير إلى حق (السلطة التنفيذية) – ونحن لا نرى الاعتراف للسلطة التنفيذية بحق العفو – إلا إذا كان الذي يتولى تنفيذ العقوبة قاض مجتهد. (تراجع حاشيتنا ورأينا على البند ٥٢ فيما سبق).

۞ 91 – مبدأ الشرعية فى "الحدود" :

قلنا من قبل إن الحدود هى عقوبات معينة قصوى، وليست جرائم منفصلة عن غيرها، بل هى كلها أفعال يُعاقب عليها فى الأصل بالتعزير كغيرها من الجرائم – وكل ما هنالك أنه تُطبق عليها عقوبة "الحد" بحسبانها حدا أقصى عندما تتوافر شروط معينة تكوّن "ظرفا مشددا" يجعلها إحدى الكبائر الشرعية .

واهتمام الفقه بدراسة هذه الجرائم إنما هو نتيجة حتمية لاهتمام القرآن بها، وسنرى أن ذلك واجب، ولكنه لا يعنى فى نظرنا إهمال "التعازير"(1) لأنها هى الأصل العام فى نظرنا .

إننا لا نجاريه فيما قاله من أن شريعتنا لم تترك للقاضى حرية فى التقدير لتطبيق هذه العقوبات الحدية، لأن توسيع سلطة القضاء فى التقدير مبدأ عام أصيل فى الشريعة وفى الحدود يعبر عن ذلك بمبدإ "ادرءوا الحدود بالشبهات" .

إن لنا تحفظا على القول بأن المشرع بإيراد النصوص التى تحدد كل جريمة وعقوبتها من حيث النوع والمقدار لا يترك للقاضى أىَّ حرية فى اختيار نوع العقوبة أو مقدارها، وأن ذلك فى نظره يجعل هذه العقوبات ذات حد واحد، لأننا قلنا إن هذه الجرائم هى فى نفس الوقت جرائم تعزير، كل ما هنالك أنه توافر فيها ظرف مشدد يستوجب القضاء بأقصى العقوبة بسبب هذا الظرف. أما إذا لم يوجد الظرف المشدد، أو وجدت شبهة فى وجوده، فإن الفعل يبقى جريمة يعاقب عليها بالتعزير. ونرى أن المبدأ الشهير الذى يقضى بدرء الحدود بالشبهات، إنما قصد به إعطاء القاضى حرية كبيرة فى تقدير الظروف الخاصة التى يمكن أن تستبعد الظرف المشدد واستبعاد الحد الأقصى للعقوبة والاكتفاء بالتعزير ....

---

(1) أشار الفقيه إلى هذا الإهمال ثلاث مرات فى صفحة واحدة بالبند (68) .

إننا لا نجارى الفقهاء الذين اتجهوا إلى إعطاء جرائم الحدود طبيعة خاصة بها، والفصل بينها وبين الجرائم الأخرى بادعاء أنها –وحدها– هى التى تُعَدّ حقوقا لله أو المجتمع (لتمييزها عن جرائم القصاص التى يدَّعون أنها لصالح الأفراد) أو يدَّعون أن عقوباتها ذات حد واحد لا تقدير للقاضى فى فرضه (لتمييزها عن التعازير التى يتركونها للقاضى).

❁ الحدود فى القرآن شاملة لجميع الأحكام الشرعية :

لقد ورد تعبير "حدود الله" فى القرآن الكريم فى أربعة عشر موضعا فى السور الآتية: البقرة والنساء والتوبة والمجادلة والطلاق[1] -وكلها تعنى أحكام الله أو أحكام الشريعة كلها، وليس فيها أي إشارة إلى العقوبات الحدية الجنائية التى تعرف فى الفقه بالحدود.

فتخصيص هذا المصطلح بنوع معين من العقوبات الجنائية لا يعنى أن لها خصائص مختلفة تماما عن الجرائم الأخرى – إذ إن القرآن ذاته استعمل هذا الاصطلاح للإشارة إلى مجموع الأحكام الشرعية دون تمييز . ومعنى ذلك أن أحكام هذه الجرائم لا تنفصل عن الأحكام الأخرى ولا تغنى عنها ...

يظهر لى أن تخصيص هذا المصطلح بنوع من العقوبات الجنائية قد استحدث فى عصور انحرف فيها كثير من الحكام عن الالتزام بمبادئ الشريعة، وبخاصة مبدأ الشورى وحرية البيعة التى لا تجيز الاستيلاء على الحكم بالقوة أو الغلب، وتنكروا لأصولها التى تحمى حرمات الأفراد وحقوق الإنسان وحرياته، وتولىّ كثيرون السلطة عنوة واستعملوا التهديد والقتل والبغى وسيلة لإلزام الناس بالبيعة مكرهين....

ويظهر لى أنهم شغلوا الناس بتطبيق الأحكام الشرعية على جرائم بعض الأفراد، وحرصوا على إحاطتها بإجراءات مظهرية حتى لا يتركوا للناس فرصة للمطالبة بتطبيق أحكام الشريعة عليهم أيضا وعلى أعوانهم ومحاسبتهم عن انحرافاتهم وجرائمهم .. وكان يلزم لذلك فى نظرهم تضخيم العقوبات الحدية على بعض جرائم الأفراد العاديين المحكومين وشغلوا الناس بها، حتى أصبح كثير من الناس يظنون الآن أن التشريع الجنائى الإسلامى محصور فى تطبيق هذه الحدود وحدها، وكان ذلك وسيلة لصرف الناس عن المطالبة بتطبيق "حدود الله" بالمعنى الأوسع، أى شريعته كاملة فى عمومها وتوازنها الذى يستلزم تطبيق مبادئ شريعتنا الشاملة الكاملة والعقاب على جميع الاعتداءات على حقوق الإنسان سواء وقعت من الحكام أو المحكومين. وبذلك، اكتفت الشعوب بمطاردة الأفراد المتهمين بجرائم فردية عن المطالبة بمحاكمة الرؤساء والأمراء وأعوانهم عن أفعالهم وظلمهم.

ومما يؤسف له أنه نتج عن ذلك أن بعض العامة عندما يسمع المطالبين بتطبيق أحكام الشريعة والالتزام بها، ينصرف ذهنه مباشرة إلى الحدود الجنائية التى تطبق على الأفراد دون غيرها من مبادئ الشريعة ومقاصدها وأصولها وأحكامها الشاملة التى توجب معاقبة المستبدين وأعوانهم كغيرهم من الناس على كل عدوان على حقوق الإنسان .

---

(1) تراجع فى سورة البقرة الآية رقم (187)، والآية رقم(229) التى ورد فيها هذا الاصطلاح أربع مرات والآية رقم (230) التى ورد فيها مرتين . وفى سورة النساء الآيتان (13، 14) ، وفى سورة التوبة الآيتان (97و112)، وفى سورة المجادلة الآية (4)، وفى سورة الطلاق الآية (1) (مرتين).

۞ بعض النظم تكتفي بتطبيق العقوبات الحدية وتهمل الأحكام الشرعية الأخرى :

بل إن بعض نظم الحكم التى تعلن أنها تلتزم بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، تبدأ بتطبيق الحدود الجنائية على جرائم الأفراد، وغالبا تقف عند ذلك وتكتفى به، حتى إن بعض أعداء الإسلام بدءوا يظنون أو يدَّعون أن الشريعة ليس فيها من الأحكام سوى هذه العقوبات، كأنهم لم يسمعوا بغيرها. وكثيرون منهم يعترضون على المطالبة بتطبيق الشريعة ويقصدون تعطيل الحدود؛ ويزداد غلوهم فى مهاجمتها مدعين أنها تقف فى تطبيقها عند معاقبة المتهمين من المحكومين فى الجرائم التى يرتكبها الأفراد العاديون، ولا تطبق أحكامها على الحكام وأعوانهم الذين يرتكبون الجرائم الكبرى، مثل: تعذيب المتهمين، وتزوير الانتخابات، وأكل السحت عن طريق استغلال النفوذ والسطو على بيت مال المسلمين وإساءة التصرف فيه واختلاس المال العام، بل وتعطيل الدساتير أو قلب نظام الحكم بالمؤامرات والعنف ... وما يتبع ذلك من السيطرة الباغية واحتكار سلطات الدولة بالبطش والقهر والبغى...

فى عصرنا الحاضر، نرى أن بعض الحكام يتباهون بأنهم وحدهم يطبقون الشريعة عن طريق تنفيذ عقوبات الحدود فى جرائم الأفراد، مثل السرقة وشرب الخمر والقذف والردة، كأنهم مؤهلون لتطبيق الشريعة على غيرهم ولا يوجد من يطبقها عليهم، ونجدهم يغالون فى تطبيق بعض الأحكام على من يعارضون نظامهم وينتقدون طغيانهم بتهمة التآمر أو المعارضة التى يجعلونها مبررا لتوقيع حد "الحرابة" أو جريمة البغى؛ ويجدون من "فقهاء السلاطين" من يشجعونهم على ذلك ويبررون لهم هذا المسلك ... دون أن يطالبوا بمحاسبة الحكام الظالمين وأعوانهم من المنافقين والمنتفعين ومعاقبتهم على الجرائم التى يرتكبونها والظلم الذى يمارسونه.

ولتفادى ذلك، نرى أن كثيرين أصبحوا يرون أن تطبيق العقوبات الحدية الجنائية على جرائم الأفراد لا يجوز أن يبدأ فيه إلا بعد استكمال تطبيق أحكام الشريعة الأساسية ومبادئها العامة التى تضمن صلاح المجتمع ومسئولية الحكام لكى تختار الأمة لممارسة السلطة من يكونون جديرين بذلك فى مستواهم الأخلاقى، وضمان حق الجماعة فى إيجاد هيئة يمكنها محاسبتهم على انحرافاتهم عن الأحكام الشرعية ليكونوا هم أول من تطبق عليهم العقوبات الشرعية والحدود بالذات قبل أن يدَّعوا لأنفسهم الحق فى تطبيقها على غيرهم وهم ليسوا أهلا لذلك لأنهم يتحصنون وراء النفوذ والسلطة التى اغتصبوها

۞ درء الحدود بالشبهات يعطي للقضاء والاجتهاد سلطة تقدير واسعة :

ويحتكرون مال المسلمين الذى استولوا عليه بالانقلاب والغدر والتآمر ... ويفرضون بقاءهم فى مقاعد السلطة واحتكارهم لها باستغلال أموال الدولة ونهبها واتخاذها أداة لتكوين جيش من المنافقين والأعوان والحراس والجنود والمنتفعين المستغلين الذين يضللون العامة ويخدرونها بواسطة الأكاذيب والفتاوى المغرضة التى تروجها أجهزة الإعلام والنشر حتى لا تقاوم الشعوب بغى المستبدين من الحكام وأعوانهم .

* * *

لقد عرَّف الشهيد عوده الحدود بأنها "عقوبات" مقدرة حقا لله تعالى[1]، وبنى على ذلك قوله إن سلطة القاضى فى الحدود محصورة فى النطق بالعقوبة المقررة لا ينقص منها شيئا ولا يزيد عليها[2]، وليس له أن يستبدل بها عقوبة أخرى، وليس له أن يوقف تنفيذها، وقد جرى على ذلك فعلا كثير من الفقهاء – ولكنا لا نوافق على ذلك لأننا نرى أن القاضى عندما يحاكم إنسانا عن الجريمة يجب عليه أن يأخذ فى حسبانه العوامل الشخصية والظروف الاجتماعية التى دفعته للجريمة. وإذا كان الفقهاء لم يتكلموا عن الظروف المخففة فى الحدود، فذلك لأنها تدخل فى نطاق الشبهات التى تسقط الحدود ويكتفى بالتعزير، ثم إنهم يَعُدّون أن موضوع الظروف المخففة يدخل فى نطاق السلطة التقديرية الواسعة للقاضى دون حاجة لنص بذلك كما فى القوانين الوضعية .

يؤيد رأينا أنه أشار إلى المبدإ المشهور وهو درء الحدود بالشبهات. وفى مواضع أخرى أشار إلى ما استقر عليه الفقه من أنه فى حالة سقوط الحد أو تعذر تطبيقه لأى سبب، فإن للقاضى أن يطبق على المتهم عقوبة تعزيرية...ومعنى ذلك أن الحدود تكون واجبة استثناء عندما يجب الحكم بالحد الأقصى للعقوبة فى الجريمة لكن الحد الأدنى هو ما تجيزه العقوبة التعزيرية كلما وجدت شبهة.

الظاهر أنه إنما قصد بذلك تمييزها عن التعازير التى يكون للقاضى المجتهد فيها سلطة واسعة فى تحديد الجريمة واختيار نوع العقوبة، لكن ليس معنى ذلك فى نظرنا أن شخصية الجانى وظروفه لا أثر لها عند محاكمته فى جميع الجرائم.

فى نظرنا أن المبدأ المشهور "ادرءوا الحدود بالشبهات" يتسع لمراعاة الظروف المخففة والأعذار القانونية على السواء، كل ما هنالك أنه فى حالات وجوب الحد وتوافر جميع شروطه يكون الحكم بالحد الأقصى حتميا وهذا أمر له مثيل فى القوانين الوضعية.

---

(1) البند 51 .

(2) عبر عن ذلك بالقول بأنه ليس لها حد أدنى ولا أعلى، فى حين أنه (فى البند 98) يقول إن المذاهب الأربعة تجيز أن يجتمع التعزير مع عقوبة الحد .

۞ كل جريمة حدية هي فى الأصل تعزيرية لكن أضيف لها ظرف مشدد :

فى رأينا إذن أن الحدود كعقوبات هى الحد الأقصى للعقوبة الواجب الحكم بها على الجانى بمقتضى نص شرعى بشأن جرائم معينة تُعَدّ مهددة لكيان المجتمع وأصول نظامه عندما تتوافر فيها ظروف مشددة، وهذه الجرائم هى أفعال محرمة ومعاص تستحق فى الأصل كغيرها من الجرائم عقوبة تعزيرية، إلا أنها تتميز عن غيرها بوجوب الحكم بالعقوبة الحدية عندما تتوافر ظروف معينة فى الجانى أو المجنى عليه أو الفعل المكون للجريمة، بل لقد ذكر أن المذاهب الأربعة اتجهت إلى جواز أن يضاف التعزير إلى عقوبة الحد الأقصى أو القصاص(1) .

وهذا يؤكد ما قلناه من أن التعزير هو الجزاء الأصلى فى جميع الجرائم .ولذلك كان من المؤكد أنه فى حالة عدم الحكم بعقوبة الحد الأقصى لأى سبب من الأسباب رغم ثبوت أركان الجريمة التعزيرية، فإن هذا لا يمنع تعزير الجانى، فالحد الأدنى للعقوبة فى تلك الجرائم فى الحقيقة هو الحد الأدنى فى عقوبات التعزير، وهذا معناه أن الأصل فى كل الجرائم أن عقوبتها ذات حد أقصى وحد أدنى، وإن كان الحد الأقصى واجب الحكم به عند توافر ظرف مشدد معين حدده الشارع الحكيم فى الجرائم التى نسميها جرائم الحدود فى حالات معينة وظروف خاصة .

ومهمة الفقه والقضاء هى استخلاص الظرف الذى استوجب التشديد، وعلينا دراسة كل جريمة من هذه الجرائم لمعرفة الظرف المشدد الذى يستوجب الحكم بالحد الأقصى، وعلى القاضى التأكد من أنه لا شبهة فى توافر هذا الظرف المشدد ...

لقد حرص على الإشارة إلى ما تراه بعض المذاهب من أنه يجوز أن يضاف لعقوبة الحد الأقصى إحدى عقوبات التعزير إذا لزم الأمر ... ونحن لا نقر هذا الرأى لأنه يتعارض مع ما قرره من أن عقوبة الحد (عندما تتوافر شروط وجوب الحكم بها) عقوبة حدية أى ذات حد واحد ... وإذا كان البعض يفهم من ذلك أنه لا يجوز النزول عنها فيجب أولا فى نظرنا القول بأنها لا تجوز الإضافة إليها أو الزيادة عليها(2) .

كما أننا نفضل الرأى القائل بأن عقوبة التعازير لا يجوز أن تصل إلى توقيع مثل هذا النوع من العقوبات الحدية، لأن هذا يتعارض مع مقصد الشريعة فى تمييز هذه الجرائم ذات العقوبات الحدية عن غيرها (عندما تتوافر لها شروط وظروف معينة) بعقوبات قصوى أى أنه عد تلك العقوبات خاصة بها دون غيرها .

لذلك فإننا نؤيد رأى القائلين بعدم إمكان توقيع عقوبة القتل فى التعازير (ويسمونه القتل سياسة)، رغم أن الشهيد عوده أورد الرأى المخالف دون أن يسجل اعتراضه عليه،

---

(1) نرى أن ما يضاف إليها يدخل فى نطاق تدابير الوقاية – مثل تغريب المحكوم عليه بالحد فى عقوبة الزنا حتى نحول دون عودته إليها، وكذلك التدابير التعبدية التى تدخل فى هذا النطاق.

(2) يراجع الهامش السابق وص ب 52 فى البند 98 فيما بعد .

۞ نؤيد القول بعدم جواز القتل سياسة :

ونحن نضيف أن القول بجواز القتل فى التعازير قد فتح الباب لبعض المستبدين لاستباحة قتل خصومهم ومعارضيهم (سياسة!) كما فعلوا مع فقيهنا وغيره.

والقاعدة الأساسية هى ما قرره (فى ص ب 34) من أن كل تلف أو جرح (لم يحدد لها الرسول دية أو أرشا) فيه حكومة – وعرف الحكومة بأنها ما يحكم به القاضى بناء على تقدير أهل الخبرة – بحيث لا يمكن أن تصل الحكومة (التقدير) إلى الدية أو الأرش الذى عينه الرسول للتلف أو الجرح الذى يليه فى الشدة .

تخصيص القاعدة الأصلية العامة (المتعلقة بسلطة القاضى التقديرية) بأنها لا تطبق إلا فى الحالات التى لم يحدد لها الرسول دية أو أرشا، فهذا محل نظر، لأننا نميل إلى القول بأن ما حدده الرسول (ص) هو الحد الأدنى بمعنى أنه لا يجوز أن يقل عن هذا المقدار الذى يستوى فيه جميع البشر طبقا لمبدإ المساواة الإنسانية، لكن لا نرى حرمان الفقيه المجتهد من تقرير تعويض إضافى إذا رأى أن الضرر يتجاوز مقدار الدية. وعلى كل حال فهذا رأى يحتاج إلى مزيد من المناقشة والتمحيص، وكل ما نرجوه أن يكون محل تقدير من أهل الاجتهاد .

والظاهر أنه يساير بعض الفقهاء الذين يرون أن كل عقوبة حدية (بما فى ذلك القصاص والديات) هى عقوبات ذات حد واحد، ويعتقدون أن الغلو فى تأكيد ذلك فيه مزيد من احترام النصوص وتقديسها. لكن هذا لا يعنى أن الجرائم التى تطبق فيها تلك العقوبات لا يطبق فيها غيرها من التعازير كلما تعطل تطبيق الحد أو القصاص لسبب مشروع، ولا أن تضاف بعض التعازير إلى العقوبة الحدية فى حالات معينة .

وقد لاحظنا من قبل أن هذا القول فيه تجاوز لمبادئ عديدة – منها فتح باب التوبة والتشجيع عليها – ومبدأ توسيع سلطة القضاء فى التعازير ووجوب التعزير فى حالة امتناع الحد لوجود شبهة – مع ضرورة إعطاء فكرة الشبهة المرونة الكافية التى تتناسب مع الاتجاه الشرعى لتوسيع مجال الاجتهاد للفقه والقضاء[1] .

إن ما قدمناه من أن التعزير هو الأصل بالنسبة لجميع الجرائم لا يقصد به فقط أنه يطبق فى حالة تعذر توقيع العقوبات الحدية لعدم توافر الشروط التى تلزم لذلك، بل يقصد به كذلك أن المبادئ التى وضعها الشارع للتعازير هى المبادئ العامة التى يجب مراعاتها فى جميع الأحوال بقدر المستطاع .

(1) أمرت السنة بالاحتياط فى توقيع العقوبات الحدية، فقد ورد فى حديث روته عائشة أم المؤمنين وأخرجه الترمذى قوله : "إدرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرج فخلوا سبيله فإن الإمام إن يخطئ فى العفو خير من أن يخطئ فى العقوبة". وإذا كان الزجر بالشدة فى الحد المقرر بالنص، فلا بد من التخفيف بالاحتياط فى الإثبات .

الفرع الثاني
لا جريمة ولا عقوبة بلا نص في جرائم القصاص والدية

〈عوده〉 ٩٢ ـ *أثر القاعدة في جرائم القصاص والدية* : طبقت الشريعة قاعدة أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص-٢٥- تطبيقا دقيقا في جرائم القصاص والدية، وليس أدل على ذلك من استعراض النصوص التي وردت في هذه الجرائم ...

والجرائم التي يعاقب عليها بالقصاص هى : القتل العمد، وإتلاف الأطراف عمدا، والجرح العمد ...

أما الجرائم التي يعاقب عليها بالدية فهى جرائم القصاص إذا عفى عن القصاص-٢٦- أو امتنع القصاص لسبب شرعي، ثم القتل شبه العمد، والقتل الخطأ، وإتلاف الأطرف خطأ والجرح الخطأ ...

ففي جريمة القتل العمد يقول ﷻ : ﴿ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق﴾ [الإسراء:٣٣]، ويقول : ﴿يأيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان﴾ [البقرة:١٧٨]، ويقول جل شأنه : ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس﴾ [المائدة:٤٥]، ويقول الرسول ﷺ:"من اعتبط مؤمنا بقتل فهو قود به إلا أن رضى ولي المقتول".-٢٧-". ويقول: "من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين : إن أحبوا فالقود (أي القصاص) وإن أحبوا فالعقل (أي الدية)" .

[الصدر] تعليق "رقم-٢٥-": بالمعنى الذي ذكرناه آنفا ...

[الصدر] تعليق "رقم-٢٦-": وطالب "المجني عليه أو ولي الدم" بالدية، ففي هذه الحالة يلزم المجرم بدفع الدية إليه، أما إذا عفا عن القصاص ولم يذكر الدية، فهل يجب على الجاني دفع الدية إليه؟ الرأي السائد في الفقه الجعفري هو عدم الوجوب؛ لأن الثابت في ذمة الجاني هو القصاص وقد عفا عنه الولي، وأما الدية فلا دليل على لزوم دفعها

[الصدر] تعليق "رقم-٢٧-" : ويقول الإمام جعفر بن محمد الصادق (ع) من قتل مؤمنا متعمدا قيد به إلا أن يرضى أولياء المقتول أن يقبلوا الدية، فإن رضوا بالدية، فالدية واجب ذلك القاتل..

عوده ويقول ﷺ : "في النفس مائة من الإبل"-٢٨- ...

فهذه النصوص تحرم القتل العمد وتجعل عقوبته القصاص إلا إذا عفا ولي القتيل على الدية، فتكون العقوبة الدية، وهى مائة من الإبل .

وفي جريمة إتلاف الأطراف عمدا والجرح العمد يقول الله جل شأنه : ﴿ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب لعلكم تتقون﴾ [البقرة:١٧٩]. ويقول ﷻ : ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص فمن تصدق فهو كفارة له ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون﴾ [المائدة:٤٥]، ويقول ﷻ : ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ [البقرة:١٩٤]، ويقول ﷻ : ﴿وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به﴾ [النحل:١٢٦]. فهذه النصوص صريحة في تحريم إتلاف الأطراف والجراح وفي جعل عقاب الجريمة القصاص في حالة العمد ...

وفي جريمة القتل شبه العمد يقول الرسول ﷺ: "ألا إن في قتيل عمد الخطأ : قتيل السوط، والعصا، والحجر، مائة من الإبل". فهذا النص يحرم القتل شبه العمد، ويعاقب عليه بالدية ...

الصدر تعليق "رقم-٢٨-": الرأي السائد بين فقهاء المذهب الجعفري أن دية العمد مخيرة بين مائة من مسان الإبل، أو مائتي بقرة، أو مائتي حقة، أو ألف دينار، أو ألف شاة، أو عشرة آلاف درهم.

ويستندون في حكمهم المذكور إلى روايات معتبرة عندهم، ويشهد لصحة قولهم ما في كتاب أعلام الموقعين عن مسند الإمام أحمد بن حنبل قال: قضي ﷺ في العين بنصف الدية خمسين من الإبل أو عدلها ذهبا أو ورقا، أو مائة بقرة أو ألف شاة ...

وإنما يلزم المجرم بدفع الدية المذكورة إذا اتفق الجاني وولي الدم على دفع الدية ولم يعينا جنسها ولا مقدارها، وأما إذا عينا غير هذه الأجناس أو غير هذه المقادير من هذه الأجناس نفسها فيلزم المجرم بما عيناه واتفقا عليه ...

أما الدية الواجب دفعها لولي الدم في جريمة القتل إذا لم تكن الجريمة عمدية بل كانت شبيهة بالعمد فديتها الدية المذكورة عينها، إلا أن الإبل لا يلزم أن تكون مسنة، بل لها أسنان خاصة ذكرها فقهاء الإمامية في كتبهم الموسعة ...

الشاوى رأينا فى "تعليق-٢٨-": إن مقادير الديات المشار إليها تكون واجبة فقط في حالة عدم اتفاق الجاني وولي الدم على مقادير أو أنواع أخرى .

(عوده) وفي جريمة القتل الخطأ يقول ﷻ : ﴿وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصَّدَّقوا فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله وكان الله عليما حكيما﴾ [النساء:٩٢]. ويقول ﷺ: "وفي دية الخطإ عشرون حقة، وعشرون جذعة، وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون". فهذان النصان يحرمان القتل الخطأ ويعاقبان عليه بالدية، ويبينان مقدارها وأوصافها-٢٩- ...

وفي قطع الأطراف والجراح خطأ حدد الرسول العقوبة على أساس أن ما كان في الجسم منه عضو واحد كالأنف والذكر واللسان ففيه الدية كاملة، وما كان في الجسم منه عضوان ففيه نصف الدية، فقال ﷺ: "في الأنف إذا أوعب مارنه جدعا الدية" وقال: "وفي اللسان الدية، وفي الذكر الدية". وقال: "في الصلب الدية". وقال: "في اليدين الدية، وفي الرجلين الدية". وقال: "في الأنثيين الدية". وقال: "في الأذنين الدية". وقال: "في العين خمسون من الإبل". وقال: "في السن خمس من الإبل". وأوجب الرسول الدية في إذهاب المعاني، كالسمع والبصر والعقل ...

أما الجراح فقد حدد النبي عقوبة بعضها دون بعض، فجعل أرش الموضحة خمسا من الإبل، وأرش الهاشمة عشرا من الإبل، وفي الآمة والدامغة[1] ثلث الدية، وجعل في كل جرح يصل إلى الجوف ثلث الدية ...

(الصدر) تعليق "رقم-٢٩-": الرأي السائد بين فقهاء المذهب الجعفري أن دية الخطإ متفقة مع دية العمد في المقدار، ولكنها مختلفة في الأوصاف. والمعروف عندهم في أسنان الإبل أن عشرين منها بنت مخاض، وعشرين منها ابنة لبون، وثلاثين منها ابنة لبون وثلاثين حقة، ودليلهم في ذلك ما روي بطريق معتبر عن أمير المؤمنين أنه ذكرها بالأوصاف المذكورة، وأما الحديث الذي ذكره المصنف فلا يمكن الاعتماد عليه لأن الراوي له حنيف بن مالك يرويه عن ابن مسعود، وحنيف مجهول كما صرح بذلك ابن رشد في كتابه بداية المجتهد ولم يجد أحدا وثقه من علماء الرجال ..

---

(١) الموضحة والهاشمة والآمة والدامغة أسماء لجراح تصيب الرأس والوجه وتسمى الشجاج، والموضحة: هى التي تكشف عن العظم، والهاشمة هى التي تهشم العظم، والآمة : هى التي تصل إلى الجلدة التي تغطي المخ، والدامغة : هى التي تصل إلى المخ نفسه. ويطلق الفقهاء لفظ الشجاج على جراح الرأس والوجه، أما ماعدا ذلك فيسمونه جراحا إلا ما يصل للتجويف الصدري والبطني فيسمونه جائفة ...

﴿عوده﴾ والقاعدة العامة في الشريعة: أن كل تلف أو جرح لم يحدد له الرسول دية أو أرشا[1] فيه حكومة، وهي ما يحكم به القاضي بناء على تقدير أهل الخبرة-٣٠- بحيث لا يمكن أن تصل الحكومة إلى مقدار الدية أو الأرش الذي عينه الرسول للتلف أو الجرح الذي يليه في الشدة. وهذه القاعدة مجمع عليها من الأمة ...

والدية في قطع الأطراف والجراح العمدية هى نفس الدية الواجبة في الخطإ، ولكنهما يختلفان في الوصف، فدية العمد مغلظة، ودية الخطإ مخففة طبقا لأحاديث الرسول وفعله ..

وإذن فالعقوبة في إتلاف الأطراف محددة تحديدا لاشك فيه بنصوص صريحة في معظم الأحوال، وبإجماع لاشك فيه في بقية الحالات، والإجماع كما علمنا مصدر تشريعي من مصادر الشريعة الإسلامية، وهو ملزم للمكلف كما يلزمه النص الصريح ...

ومما سبق يتبين أن جرائم القصاص والدية منصوص عليها وعلى عقوباتها، وأن الشريعة عينت هذه العقوبات تعيينا دقيقا بحيث لم تترك للقاضي حرية في اختيار العقوبة أو تقديرها، فكل مهمته أن يوقع العقوبة المقررة إذا ثبت لديه أن الجاني هو الذي ارتكب الجريمة بغض النظر عن ظروف الجريمة وظروف الجاني ...

ويلاحظ أن سلطة القاضي في جرائم القصاص والدية تماثل سلطته في جرائم الحدود ولا تفترق عنها إلا في أن القاضي ملزم أن لا يطبق عقوبة القصاص أو الدية إذا عفا عنها المجني عليه أو وليه، وأن يطبق العقوبة التي توجبها الشريعة أو يوجبها ولي الأمر في حالة العفو عن القصاص والدية ...

[الصدر] تعليق "رقم-٣٠-": وكيفية التقدير هو فرض الجاني عبدا، ويرى أن هذه الجريمة كم كانت تنقص قيمته في فرض عبوديته ..

[الشاوى] رأينا فى "التعليقات من (٢٥ إلى ٣٠)": إن موضوع الدية سيكون محل بحث متصل في حاشيتنا على البند ٤٧٢ فيما بعد إن شاء الله ...

---

(١) يطلق لفظ الدية على الدية الكاملة، ويطلق لفظ الأرش على بعض الدية ...

〈عوده〉 وعقوبة القصاص وعقوبة الدية من العقوبات المقدرة؛ لأنها محددة النوع والمقدار ولكنها مقدرة حقا للأفراد، ومن ثم كان للمجني عليه أو وليه العفو عن العقوبة لأنها حقه، وصاحب الحق يستطيع أن يستوفيه وأن يتركه، أما ولي الأمر فليس له أن يسقط عقوبة القصاص أو الدية أو يعفو عن أحدهما، كما أنه لا يستطيع أن يسقط عقوبات الحدود أو يعفو عنها لأنه لا يملك إسقاط حقوق الله ولا حقوق الأفراد[1] وإن كان عليه أن يستوفيها لأن استيفاءها من مقتضيات وظيفته ...

---

(١) يقسم الفقهاء الحقوق التي تنشأ عن الجرائم إلى نوعين : حقوق لله تعالى، وحقوق للآدميين، ويَعُدُّون الحق لله ﷻ كلما كان خالصا لله أو كان حق الله فيه غالبا، ويَعُدُّون الحق للعبد كلما كان خالصا له أو كان حق العبد غالبا فيه. وتنشأ حقوق الله عن الجرائم التي تمس مصالح الجماعة ونظامها، وتنشأ حقوق الآدميين عن الجرائم التي تمس حياة الأفراد وحقوقهم. وحين ينسب الفقهاء الحق لله يعنون بذلك أنه لا يقبل الإسقاط من الأفراد ولا من الجماعة، وحين ينسبون الحق للأفراد يعنون بذلك أنه لا يقبل الإسقاط إلا من الأفراد ..

والواقع أن كل جريمة تمس مصلحة الجماعة، إنما تمس في النهاية مصلحة الأفراد، وكل جريمة تمس مصلحة الأفراد تمس في النهاية مصلحة الجماعة ولو كان محل الجريمة حقا خالصا للفرد. وفي هذا يقول أحد الفقهاء: "ما من حق لآدمي إلا ولله فيه حق إذ من حق الله على كل مكلف ترك أذاه لغيره". راجع شرح الزرقاني على مختصر خليل ج/٨ ص ١١٥. فإذا عَدَّت الشريعة بعض الجرائم ماسة بمصلحة الجماعة فذلك لأنها تمس مصلحة الجماعة أكثر مما تمس مصلحة الفرد، وإذا عَدَّت بعض الجرائم ماسة بمصلحة الأفراد، فذلك لأنها تمس مصلحة الأفراد أكثر مما تمس مصلحة الجماعة ...

والأصل في الشريعة : أن فرض العقوبة واستيفاءها حق لله ﷻ، ولكن الشريعة جعلت استيفاء بعض العقوبات حقا للأفراد، كعقوبة القصاص والدية فلهم أن يتمسكوا بها أو يتنازلوا عنها، فإذا تنازلوا عنها كان للجماعة أن تعاقب الجاني بالعقوبة الملائمة لظروف الجريمة والمجرم. وعلى هذا فإن جعل استيفاء بعض العقوبات حقا للأفراد لا يسلب الجماعة حقها في فرض عقوبات أخرى على هذه الجرائم، ولا يمنع من تنفيذ هذه العقوبات الأخرى بمعرفة الجماعة .

والخلاصة : أن الحق ينسب لله كلما كان خالصا لمصلحة الجماعة أو غلبت عليه مصلحة الجماعة، ونسبة الحق لله لا تفيده جل شأنه شيئا، وإنما تمنع الجماعة والأفراد من إسقاط الحق؛ لأن حق الله لا يملك أحد إسقاطه

❁ 92 – جرائم القصاص والدية تضر بالمجتمع لا بالمجني عليه وحده :

خص المشرع جرائم الاعتداء على حياة الإنسان وسلامة بدنه بنوع خاص من العقوبات البدنية هو القصاص لتكون متكافئة ومتماثلة مع الجريمة ذاتها، ويكون هذا رادعا ضروريا لحماية أرواح الناس وأبدانهم وتطبيقا كاملا لمبدإ المساواة بين البشر .

وعناية القرآن بهذه العقوبات لا تقل عن عنايته بعقوبات الحدود، وإفاضة الفقه فى شروط تطبيقها تؤكد رأينا فى أنه عَدّ فرض هذه العقوبات القصوى مقصورا على حالات محدودة يتوافر فيها شروط عديدة للتأكد من وجود "الظرف المشدد" الذى يُوجب تلك العقوبة القصوى.

وما قلناه بالنسبة لتوسيع سلطة القاضى فى استبعاد تطبيق عقوبات الحدود نقوله هنا أيضا، فيطبق عليها مبدأ درء الحدود بالشبهات؛ بل وأضاف المشرع لذلك أنه ميَّز هذه العقوبات بإعطاء المجنى عليه حق العفو عنها، وهذا يدخل فى نطاق الشبهات التى تمنع الحكم بالعقوبة القصوى. والذى يحدث فى العمل أن ذلك يكون مقابل حصوله على تعويض يرضيه،وهذا يبرر تنازله عن تلك العقوبة لكنه لا يسقط حق المجتمع فى تعزير الجانى .. مما يؤكد ما قدمناه من أن التعزير هو الأصل فى جميع الجرائم. وليس خاصا بنوع محدود منها.

كما أن هذا يؤكد أن التوسع فى حماية حق الفرد فى حياته وسلامة بدنه الذى تهدده هذه الجرائم والأخذ فى الاعتبار رغبته وحقه فى الانتقام ممن اعتدى عليه أو التنازل عنه، ليس معناه تجاهل حق المجتمع ذاته فى متابعة مرتكبها وتعزيره وإصلاحه كما أشار لذلك صراحة فى هامش-1- ص ب/ 35 حيث نقل عن بعض فقهائنا ما يؤكده ... ولذلك لا نوافق على وصف هذه الجرائم بأنها تمس حقوق الأفراد إذا كان يُفهم من ذلك عدم الاهتمام بحق الجماعة وهو الأصل فى نظرنا فى جميع الجرائم ...

والأصح هو أنها تضر بحقوق المجتمع أولا كغيرها من الجرائم، ويضاف لذلك أن للفرد المجنى عليه أو ولى الدم حقا خاصا فى المطالبة بتوقيع القصاص، كما أن له العفو أو التصالح والتنازل عن حقه، مع بقاء حق الجماعة فى التعزير الذى هو العقوبة الأصلية فى جميع الجرائم. ويسرنا أنه أوضح ذلك فى الهامش فى الصفحة الأخيرة من البند (25) .

إننا نرى أن حرصه على إبراز ما قرره الفقه من عناية بحق المجنى عليه أو ولى دمه فى هذا النوع من الجرائم – ليس من الضرورى أن يصل إلى تجاهل المبدإ الأساسى الذى أشار له مرارا وهو أن كل الجرائم تضر بالمجتمع – وتستحق التعزير لهذا السبب.

❁ تنازل المجنى عليه عن القصاص لا يمنع التعزير :

والحرص على حقوق المجنى عليه يوجب علينا أن نشير إلى أن التقديرات التى قررها السنة فى الدية والأرش هى فى نظرنا الحد الأدنى الذى يجب الحكم به فى جميع الحالات تطبيقا لمبدإ المساواة الإنسانية - لكن ذلك لا يمنع أهل الاجتهاد (ومنهم القضاة بشروط معينة) من إجازة الحكم بتعويض مدنى إضافى إلى هذه المقادير المقررة للدية تطبيقا لمبدإ وجوب تعويض الضرر لأن "الضرر يزال" .

إننا أشرنا إلى قول الرسول الكريم "رفع عن أمتى الخطأ ..." ولذلك نؤيد رأى المعتزلة بأن فعل الخطإ لا يكون جريمة، وقلنا إن الطابع الدينى لشريعتنا قد يحول دون حسبان الدية المقررة فى جرائم الخطإ عقوبة جنائية - والأصح أنها جزاء مدنى وتعبدى يدفع الجانى للتوبة والاستغفار عن خطئه.

كما أن ما أورده فى هذه التقديرات من أعداد الحقات والجذعات، وبنات لبون، وبنات مخاض - وغيرها من الإبل والدواب - إنما يجب أن يراعى فيه ظروف مجتمعنا حيث حلت النقود محل الإبل والدواب فى التعامل .. ونرى أن يتولى أهل الاجتهاد ترجمة هذه المقادير إلى نقود مع ملاحظة أن النقود ذاتها تتغير قيمتها كما تتغير قيمة الإبل والدواب بتغير الأزمان وتطور المجتمعات.

ولذلك فإن تقدير الدية والأرش نقدا يجب أن يخضع هو أيضا لظروف الزمان والمكان.

أما ما قاله السيد الصدر عن التقدير حسب ثمن شراء العبيد، فلم يعد هناك محل لمناقشته بعد إلغاء الرق فى عصرنا .

* * *

وكما أن المشرع الإلهى قد وسع فى أسباب استبعاد العقوبة القصوى (القصاص) بإعطاء المجنى عليه وولى الدم حق العفو عنها والتصالح مع الجانى لكى يعطل تطبيق هذه العقوبة ويكتفى بالدية أو ما يضاف لها من تعويض يتفق عليه الطرفان؛ بل إن له حق التنازل عن الدية أو التعويض كذلك - كما أعطى المشرع قبل ذلك للقاضى حق تقدير الشبهات التى تؤدى إلى درء الحدود ومنع تطبيقها - فإن ذلك كله قُصد به تشجيع الجناة والخاطئين على التوبة والعودة إلى طريق الصلاح والاستقامة - وتشجيع المجتمع كله على اتخاذ كل ما يلزم لإعطاء التوبة نتائج مشجعة للخاطئين لكى يصلحوا أحوالهم ويمارس المجتمع كله حق العفو عن عقوبتهم كلما تأكد له صدق الاتجاه نحو التوبة والالتزام بها، لكن المهم عندنا أن الذى يمثل المجتمع فى ذلك هو القضاء وأهل الاجتهاد المتزهين عن البواعث الشخصية و الأنانية.

الفرع الثالث
لا جريمة ولا عقوبة بلا نص في جرائم التعازير

<عوده> ٩٣ـ *أثر القاعدة في جرائم التعازير*: طبقت الشريعة قاعدة أن لاجريمة ولا عقوبة بلا نص-٣١- في جرائم التعازير أيضا، وكان من المنطقي أن تطبقها؛ لأن القاعدة من القواعد الأساسية في الشريعة فلا يمكن إهمالها. ولكن الشريعة لم تطبق القاعدة على الوجه الذي طبقتها به على جرائم الحدود، أو جرائم القصاص والدية، ولم تتقيد بالحدود الضيقة التي قيدت بها تطبيق القاعدة في تلك الجرائم، وإنما توسعت الشريعة في تطبيق القاعدة على جرائم التعازير إلى حد ما؛ لأن المصلحة العامة وطبيعة التعزير تقتضي هذا التوسع الذي جاء على حساب العقوبة في أغلب الأحوال، وعلى حساب الجريمة في القليل النادر ...

وقد جاء هذا التوسع على حساب العقوبة؛ لأنه لا يشترط في جرائم التعازير أن يكون لكل جريمة عقوبة معينة محددة يتقيد بها القاضي كما هو الحال في جرائم الحدود أو جرائم القصاص والدية، فللقاضي أن يختار لكل جريمة ولكل مجرم العقوبة الملائمة من مجموعة من العقوبات شرعت لعقاب الجرائم التعزيرية كلها، وللقاضي أن يخفف العقوبة وأن يغلظها...

وجاء التوسع على حساب الجريمة؛ لأنه يجوز في بعض الجرائم التي تمتاز بصفات معينة ألاَّ ينص على الجريمة بحيث يعينها النص تعيينا كافيا، بل يكفي أن ينص عليها بوجه عام ...

الصدر تعليق "رقم-٣١-": ويكفي النص على حرمة الفعل وإن لم يصرح فيه باستحقاق صاحبه العقاب ...

الشاوي رأينا فى "تعليق-٣١-": يقصد بالنص ماورد في الكتاب والسنة. ونحن نرى أنه في عصرنا لابد في التعازير من نص في تقنين فقهي أو سوابق قضائية معروفة، وإذا أخذنا بهذا المعنى فيجب في نظرنا أن يشير التقنين إلى العقوبة التعزيرية ...

۞ 93 – حاجتنا إلى تطبيق مبدإ الشرعية بدقة أكبر فى "التعازير" بالتقنين :

نحن حريصون على تأكيد رأينا فى أن مبدأ الشرعية الذى يُعبر عنه بأنه "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" يجب أن يطبق فى مجال التعازير فى عصرنا الحاضر للأسباب ذاتها التى توجب أن يطبق فى عقوبات الحد والقصاص .

وإذا كنا نعتقد ما يكرره الفقه من أن "الشريعة" لا تسير على النص على هذه الجرائم، فإننا نلفت النظر إلى ما قدمناه من أن كلمة الشريعة فى هذا الصدد – كما فى مناسبات كثيرة – إنما يُقصد بها المعنى الضيق المقصود به نصوص القرآن والسنة .

أما وجوب النص الاجتهادى على عقوبات التعزير فهو لا يجادل فيه ولا ينكره. والفرق بين رأينا ورأيه، أنه يقول إن النص المقصود فى هذه الحالات هو مبادئ الشريعة التى تحدد المعاصى والمحرمات وما يقرره الفقه والقضاء بشأنها. أما تحديد ما يستحق "التعزير" من هذه المعاصى ومقدار العقوبة المناسبة لكل منها، فهو يُترك أمره للقاضى المجتهد، كما يشير لذلك فقهاء كثيرون من أسلافنا. وكل ما نضيفه إلى رأيه أن القاضى كان يختص بذلك فى نظرهم باعتبار أنه كان مجتهدا حسبما سار عليه الفقه من اشتراط الاجتهاد لتولى القضاء.

ولما كانت مجتمعاتنا قد وصلت إلى الاكتفاء بقضاة مقلدين ليسوا أهلا للاجتهاد فى عصرنا، فإننا نرى ضرورة وجود جهة أخرى تقوم بالاجتهاد وتتولى هذه المهمة وتضع نصوصا لتحديد الجرائم والعقوبات فى نطاق "التعازير" يلتزم بها القاضى المقلد، وذلك اهتداء بمقاصد الشريعة، ونظرياتها العامة التى نصر على أنها أصبحت ضرورة فى عصرنا وفى المستقبل .

* * *

والأصل هو أن المختص بذلك هم أهل الاجتهاد. ونحن نرى أن ما حدث للقضاة من أنهم لم يعودوا من المجتهدين له ما يماثله فى مجال الفقه؛ إذ أصبح الاجتهاد الفردى معطلا أو مستحيلا بسبب الشروط العديدة التى استقر فقهاؤنا على ضرورة توافرها لدى الأئمة الذين لهم حق الاجتهاد كأفراد ولذلك قلنا فى بحثنا فى كتاب "فقه الشورى"[(1)] إن الاجتهاد قد أصبح الآن محصورا فى نطاق العمل الجماعى، سواء كان مرسلا أم منظما فى إطار مؤسسات ومجالس للاجتهاد، تُختار بالشورى الحرة مع اشتراط قدر من العلم والخبرة اللازمة فى العلماء وأهل الذكر من الخبراء فى مختلف التخصصات.

(1) يُراجع البند (36) بعنوان "التقنين بين الشورى والاجتهاد والتقليد والإجماع" .

إنشاء مجالس لأهل الاجتهاد يستلزم ضمانات لعدم تدخل السلطات المستبدة :

* * *

وبـــرغم تقديرنا لما يلمسه كثيرون من الحاجة إلى وجود مؤسسات أو مجالس منظمة ومســـتقرة لتتولى مسئولية الاجتهاد؛ بل والإجماع، فإننا نعترف بالفضل لأسلافنا لأنهم لم يســـعوا لذلـــك ولم يقومـــوا بإنشاء مجالس أو مؤسسات رسمية لهذا الغرض فى الماضى، وسوَّغنا ذلك بأن الأوضاع السياسية جعلتهم يخشون تدخل "السلاطين" ورؤساء الدول وأشـــباههم ممن يمارسون السلطة التنفيذية التى استولوا عليها بالعصبية أو القوة والقهر، وكـــانوا يخشـــون أن يستغلوها لفرض أهوائهم على تلك المؤسسات "الرسمية". ولذلك اكـــتفوا بالتشـــاور المرسل عن طريق كتب الفقه والآراء التى يعلنها العلماء والفقهاء فى المســـاجد والكتب ويناقشها ويقرها أهل الذكر والفكر والرأى متفرقين دون أن تجمعهم مؤسسة رسمية أو مجلس نظامى يتعرض لضغوط السلاطين والحكام وأهوائهم.

وممـــا يؤسف له أن الأوضاع السياسية فى كثير من مجتمعاتنا لم تتغير كثيرا — وأن وجود مؤسسات رسمية للشورى فى نطاق الاجتهاد والإجماع مازال يعرِّضها لتدخل الرؤساء و"السلاطين" والمستبدين الذين يغتصبون السلطة بغير طريق الشورى الحرة ... ويفرضون بها على المجتمع فتاوى من يسمونهم "فقهاء السلاطين" .

لهذا السبب، فإن كل ما استطاعه علماؤنا ومفكرونا ومن يمثلون شعوبنا فى جيلنا الحاضر هو إعداد مشروعات التقنين فى أبحاث وكتب أو لجان علمية لها قيمتها التى نعـــتز بهـــا ونطالب بمواصلة العمل على هذا المنوال ... فى مجال تقنين أحكام الفقه، وخاصة فى مجال التعازير ...

ونعـــتقد أنـــه للآن لم تستقر النظم السياسية فى كثير من الأقطار الإسلامية على احترام مبدإ حرية الشورى الذى تفرضه الشريعة وقرره الفقهاء عادة فى مجال "بيعة المكـــره" ... الـــتى أجمعوا على بطلانها. وهذا المبدأ ذاته يجب تطبيقه على الناخبين، ويـــترتب عـــليه بطلان الانتخابات أو الاستفتاءات التى لا تتوافر لها جميع ضمانات الحرية، وبالتالى عدم شرعية السلطة القائمة فى المجتمع التى تدعى لنفسها شرعية مبنية على التزوير والإكراه والتزييف .

وطالمـــا استمر هذا الوضع، فإن وجود مجالس للاجتهاد أو الإجماع يصبح ضرره أكـــثر من نفعه، لأن المستبدين لن يسمحوا بوجودها أو انعقادها كلما توهموا أن ما تقـــرره مـــن فتاوى أو تقنينات سوف يعرض احتكارهم للسلطة ويواصل دعوتهم للالتزام بمبدإ حق الشعوب فى تقرير مصيرها وحريتها فى اختيار نظمها السياسية ومن يتولون الأمر فيها وحقها فى محاسبتهم وتحديد سلطتهم وعزلهم عند الاقتضاء .

استقلال الفقه والاجتهاد والعلم والقضاء شرط أولى لتطبيق الشريعة :

توصلنا فى كتابنا فقه الشورى إلى أن أى نهضة أو إصلاح فى العالم الإسلامى كله أو بعض أقطاره لا بد أن تكون بدايته هى الإجماع على الالتزام بالشورى الحرة سواء فى النظم السياسية أو فى مجال الفقه والاجتهاد من باب أولى .

إن تدخـــل الحكـــام فى شئون الفقه والتشريع يتنافى تماما مع مبدإ سيادة الشريعة الإلهيـــة واســـتقلالها عـــن مراكز السلطة السياسية فى الدول المختلفة فى الماضى أو الحاضر أو المستقبل .

لهـــذا، فإنـــنا نطالب بالتقنين الشرعى للتعازير على أن يكون فى إطار ما تفرضه شـــريعتنا من استقلال العلم والفقه وعدم محاولة ذوى السلطان التدخل فى الفتاوى والآراء الفقهيـــة، ويقتضـــى ذلك إبعاد "فقهاء السلاطين" وفتاويهم عن مجال الفقه والتشريع الإسلامى سواء فى مجال الأحكام الجنائية أو غيرها .

إن استمرار بعض الحكام فى استيراد القوانين الأجنبية أو فرض تشريعات وضعية لا تلتزم بأصول شريعتنا ومبادئها، هو فى نظرنا أقل خطرا على الإسلام من محاولتهم إيجـــاد تشـــريعات أو فـــتاوى تنسب إلى الإسلام وهم أول من يعلم أنها لا تمثل إلا مصالحهم وأهواءهم ...

لذلـــك فـــإن تطـــبيق الشريعة الذى نطالب به يبدأ بتطبيق مبدإ حرية الشورى واســـتقلال أهـــل الاجتهاد وأهل الذكر الذين يتولون استنباط الأحكام من مصادر شـــريعتنا ونظـــرياتها ومـــبادئها العامة، حتى لا تفرض على الناس أهواء المسيطرين والمستبدين التى يصفها فقهاء السلاطين ومن حولهم من المنافقين بأنها أحكام الشريعة وهى مناقضة لمبادئها وأصولها .

ونحـــن نرى أن الذين يلتزمون بوضع النصوص المثبتة لجرائم التعازير ليسوا هم ممثلى ســـلطات الدولـــة كما يدَّعى بعض المعاصرين – وليسوا هم القضاة فقط كما يُفهم من كـــتب الـــتراث – وإنما هم فى عصرنا أهل الاجتهاد وأهل الذكر الذين تختارهم الأمة وتفوضهم فى ذلك بالشورى الحرة؛ لأن القضاة فى عصرنا ليسوا مجتهدين كما كان الفقه يشـــترط مـــن قبل. أما الحكام، فليسوا مجتهدين على أى حال فى حين أن فقهاءنا كانوا يشترطون فيمن يتولى الخلافة أو الإمامة أو القضاء أن يكون مجتهدا .

〈عوده〉 ٩٤ *ما هو التعزير؟* : ولأجل أن نتبين أثر القاعدة تماما في جرائم التعازير، يجب أن نعرف قبل كل شيء ما هو التعزير؟ والتعزير : هو تأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود[١]، أي هو عقوبة على جرائم لم تضع الشريعة لأيها عقوبات معينة محددة، فهو يتفق مع الحدود[٢] من وجه وهو أنه تأديب استصلاح وزجر يختلف بحسب اختلاف الذنب ...

ولكنه يختلف عنها من وجهين[٣] :

أولهما : أن لكل حد عقوبة معينة أو عقوبات لامحيص من توقيعها على الجاني، أما في التعزير فهناك مجموعة من العقوبات تبدأ من النصح وتنتهي بالجلد والحبس، وقد تصل للقتل في الجرائم الخطيرة، ويترك للقاضي أن يختار من بين هذه المجموعة العقوبة الملائمة للجريمة لحال المجرم ونفسيته وسوابقه. وللقاضي أن يوقع أكثر من عقوبة، وله أن يخفف العقوبة أو يشددها، وله أن يوقف التنفيذ إن رأى في ذلك ما يكفي لردع الجاني وتأديبه.

ثانيهما : أن عقوبة الحد لا يجوز لولي الأمر فيها العفو، أما عقوبات التعازير فلولي الأمر العفو عنها كلها أو بعضها ...

---

(١) الأحكام السلطانية ص ٢٠٥، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٣، أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦١...

(٢) المقصود بالحدود : العقوبات المقدرة، وهي المقررة لجرائم الحدود وجرائم القصاص والدية..

(٣) الأحكام السلطانية ص ٢٠٦، ٢٠٧ ...

94 - أهمية الركن الشرعي فى التعازير والتوسع فى دراسته :

توسع الفقيه الشهيد فى بحثه عن تطبيق مبدإ الشرعية فى نطاق التعازير[1]، مما يدل على أهمية هذا الموضوع من النواحى النظرية والعملية .

وسبب الأهمية النظرية هو أن الشريعة (المعنى الضيق، أى الكتاب والسنة) لم تورد نصوصا خاصة بعقوبة جميع الجرائم ولا بتحديد الأفعال المكونة لها، وإنما فعلت ذلك بالنسبة لعدد محدود وقليل من الجرائم المعاقب عليها بعقوبات الحدود أو القصاص والدية، واكتفت بتفويض "أولى الأمر" فى غير حالات توافر شروط تطبيق تلك العقوبات المقدرة.

هذا التفويض له أهمية خاصة لأنه يؤكد مرونة التشريع الجنائى فى الشريعة الإسلامية (المعنى العام) وقابليته للتطور مراعاة لظروف الزمان والمكان واحتياجات المجتمعات المتزايدة بسبب نمو أسباب الحضارة التى تزيد النظم الاجتماعية تعقيدا. والتشريع الجنائى هو من أهم أركان النظام الاجتماعى فى حياة الشعوب والأمم .

لذلك رأينا أنه من الناحية العلمية لا بد من بحث واسع لتحديد المقصود بأولى الأمر فى نظر الشريعة فيما يتعلق بهذه الناحية، ناحية التشريع الجنائى والتشريع بصفة عامة .

وهنا تظهر الأهمية العملية لهذا البحث، لأن الطبيعة الاجتماعية للقوانين تجعلها مرتبطة إلى حد كبير بالأوضاع السياسية المتقلبة والمتعددة، التى لا تخضع للشرائع بقدر ما تتبع تطور المجتمعات التى تتأثر بالغرائز والتقاليد الموروثة والنزعات العرقية والأنانية والأوضاع الاقتصادية. وبقدر ما عنى الشارع الحكيم بفرض الأصول والمبادئ العامة للتشريع الجنائى، فإنه فتح الباب لشعوبنا وأمتنا لكى تساهم فى تجديد التشريعات ونموها وتطورها عن طريق الاجتهاد "والإجماع"، على أن يقوم "أولو الأمر" فى كل مجتمع بدور إيجابى متواصل ومتجدد فى وضع النصوص اللازمة للعقوبات التعزيرية والجرائم لتثرى الشريعة (بالمعنى الواسع) وتطور أحكام التشريع الجنائى فيها عن طريق ما يسميه فقهاؤنا "التعازير"[2] .

---

(1) خصص لها فى كتابه البنود 93 - 113 وعددها واحد وعشرون فى حين اكتفى ببند واحد للحدود وبند واحد للقصاص والدية .

(2) هذا هو ما عنى الشهيد عودة بتأكيده صراحة فى بداية البند 199 فيما بعد .

التعازير تفتح الباب أمام أهل الاجتهاد لتطوير التشريع الجنائي حسب ظروف الزمان والمكان :

فى كلامه عن تقسيم الجرائم بحسب جسامة العقوبة[1]، عرف جرائم التعازير بأنها الجرائم التى يعاقب عليها بعقوبة أو أكثر من عقوبات التعزير. ومعنى التعزير هو التأديب. وأضاف أن الشريعة جرت على عدم تحديد عقوبة كل جريمة تعزيرية ... وقد يظن القارئ أن هذا يتناقض مع كلامه تحت عنوان " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص فى جرائم التعازير"[2]، عندما أكد أن الشريعة طبقت هذه القاعدة فى جرائم التعازير أيضا.

لكن هذا التناقض يزول عندما نتذكر ما قلناه فيما سبق من أن لفظ الشريعة له معنى ضيق هو نصوص الكتاب والسنة، ومعنى واسع يشمل إلى جانب هذين المصدرين السماويين اجتهادات الأمة وإجماعها(بواسطة علمائها المجتهدين أساسا).

فالقرآن والسنة عنيا بالنص على حالات قليلة محدودة تفرض فيها عقوبات الحدود والقصاص والدية، وترك للاجتهاد والإجماع مهمة النص على الحالات التى تطبق فيها عقوبات أو جزاءات تعزيرية، وعلى تحديد العقوبة أو الجزاء فى كل منها، وهو ما نسميه التقنين الشرعى للتعازير لأنه يلزم لشرعيته أن يكون فى نطاق المبادئ والنظريات العامة فى الشريعة فيما يتعلق بالمحرمات والمعاصى وعلى أساسها.

وعلة ذلك أن الجرائم (أى الأفعال) التى ورد نص فى القرآن والسنة بعقوبة معينة لها (الحدود والقصاص والكفارة) تكون محرمة دائما، أما ما يحرمه أولو الأمر اليوم فيجوز أن يباح غدا إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة[3] كما صرح بذلك.

معنى ذلك أن "أولى الأمر" يستطيعون "تطوير" التشريع وتغيير النصوص الفقهية التى تجرم بعض الأفعال وتعاقب عليها بعقوبة تعزيرية، لكنهم لا يستطيعون تغيير ما قررته النصوص المقدسة من تجريم الأفعال التى قررت لها الشريعة فى مصادرها السماوية – الكتاب والسنة – عقوبات الحدود والقصاص والدية.

لكن الفقه قد استقر على أن هذه الأفعال ذاتها يمكن الحكم فيها بعقوبة تعزيرية إذا رأى القاضى ذلك فى حالات عدة، أهمها :

---

(1) البند 51 .

(2) تعليقنا على البند 9 .

(3) نهاية البند 51 .

❁ جميع جرائم الحدود والقصاص تستحق التعزير عندما تستبعد الظروف التي استوجبت العقوبة المقررة :

1 – إذا استبعدت عقوبة القصاص والدية بسبب عفو المجنى عليه أو ولى أمره أو لتوافر أى مانع من الموانع أو الشبهات التى لا تزيل صفة الجريمة عن الفعل .

2 – إذا استبعدت عقوبة الحد لوجود شبهة طبقا لقاعدة " ادرءوا الحدود بالشبهات (وهى تشمل فى نظرنا الظروف المخففة) " .

3 – إذا رأى القاضى أن يضيف إلى عقوبة الحد أو القصاص أو الدية تعزيرات تكميلية؛ على ما ذهبت إليه المذاهب الأربعة[1] .

4 قد بينا فيما سبق رأينا أن الأصل هو أن جميع الجرائم جزاءاتها تعزيرية وأنه فى حالة النص على عقوبة الحد أو القصاص أو الدية فإنها تكون الحد الأقصى للعقوبة الذى يجب تطبيقه عند توافر شروط معينة تكوِّن فى نظرنا ظرفا مشددا .

وبنينا على ذلك :

أ – أن جرائم الحدود والقصاص والدية ليست عقوباتها ذات حد واحد كما يفهم من كلام كثير من الفقهاء، وإنما تكون العقوبة التعزيرية هى الحد الأدنى عند عدم توافر الظرف المشدد، وإنه يجب دراسة كل جريمة على حدة لمعرفة الظرف الذى استدعى التشديد وشروطه .

ب – أنه فى حالة وجوب تطبيق تلك العقوبات القصوى لا نرى جواز الإضافة إليها لأنها هى الحد الأقصى، فلا نرى جواز إضافة عقوبة أخرى إليها ... لأنها تكفى وحدها – وإن جاز اتخاذ تدابير الاحتراز والوقاية التى تدخل فى نطاق التعازير .

---

(1) البند (97) – وإن كنا اعترضنا على ذلك فى تعليقنا على البند (91)، إذ نجيز فقط إضافة تدابير وقائية؛ وهى تدخل ضمن "التعازير" برغم أنها لا تُعَدّ عقوبات جنائية .

﴿عوده﴾ ٩٥ـ *الشريعة لم تنص على كل جرائم التعازير*: لم تنص الشريعة على كل جرائم التعازير، ولم تحددها بشكل لا يقبل الزيادة والنقصان، كما فعلت في جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية، وإنما نصت على ما تراه من هذه الجرائم ضارا بصفة دائمة بمصلحة الأفراد والجماعة والنظام العام، وتركت لأولي الأمر في الأمة أن يحرموا ما يرون بحسب الظروف أنه ضار بصالح الجماعة أو أمنها أو نظامها، وأن يضعوا قواعد لتنظيم الجماعة وتوجيهها ويعاقبوا على مخالفتها. والقسم الذي ترك لأولي الأمر من جرائم التعازير أكبر من القسم الذي نصت عليه الشريعة وحددته. ولكن الشريعة لم تترك لأولي الأمر حرية مطلقة فيما يحلون أو يحرمون، بل أوجبت أن يكون ذلك متفقا مع نصوص الشريعة ومبادئها العامة وروحها التشريعية ...

٩٦ـ *أقسام التعزير*: ينقسم التعزير ثلاثة أقسام:

(١) تعزير على المعاصي. (٢) وتعزير للمصلحة العامة.

(٣) وتعزير على المخالفات ...

والأول : فرض على أفعال حرمتها الشريعة بذواتها، ويُعَدّ إتيانها معصية ...

والثاني : فرض على أفعال وحالات لم تحرم لذواتها وإنما حرمت لأوصافها، ولا يشترط في الفعل أو الحالة المحرمة أن يكون معصية ..

والثالث: فرض على أفعال حرمتها الشريعة بذواتها، ويُعَدّ إتيانها مخالفة ولا يُعَدّ معصية ...

والفرق بين هذه الأقسام الثلاثة أن الفعل في القسم الأول يكون محرما دائما ومعدودا معصية، وفي القسم الثاني لا يكون الفعل محرما إلا إذا توافر فيه وصف معين؛ لأن الفعل ذاته ليس معصية، أما في القسم الثالث فيكون الفعل مأمورا به أو منهيًا، ولكن إتيانه يُعَدّ مخالفة لا معصية ...

95، 96 – أولو الأمر فى التعازير :

نكرر هنا ما قلناه دائما من أن عبارة "أولى الأمر" تعطى فرصة للمنافقين وفقهاء السلاطين للزعم بأن المقصود بهم من يمارسون سلطات الدولة فعلا، حتى ولو كانوا قد اغتصبوها أو تسلطوا عليها بالقوة والغلب .

لذلك نرى أنه من الأولى التذكير بأن أولى الأمر الذين تعترف لهم شريعتنا بالحق فى تقنين التعازير، أى تحديد الجرائم وعقوباتها، ليسوا هم "السلاطين" أو الحكام وإنما هـم مـن تختارهم الأمة بالشورى الحرة من أهل الفقه وأهل الذكر الذين تفوضهم الأمة للقيام بمهمة الاجتهاد والإجماع والتقنين .

لقد أشار فقيهنا إلى أنه ليس فى الشريعة ما يمنع "أولى الأمر" من جمع المعاصى فى كتاب خاص تبيِّن فيه واحدة واحدةً مرتبة بحسب نوعها أو عقوبتها أو محلها أو غير ذلك من أوجه الترتيب والتنظيم[1]. وهو يقصد بذلك عملية التقنين.

ونحـن نـرى أن التقنين ضرورى وواجب، بشرط ألا يكون وسيلة لتحويل التشريع الجنائى إلى قانون وضعى يعبر عن إرادة الدولة وذوى السلطان فيها، أى أنه يجب فى نظرنا أن يـتم بمعـرفة المجـتهدين من الفقهاء والقضاة أهل الاجتهاد لأنهم ولاة الأمر فى مجال التشـريع والقضاء عموما، وأن يكون التقنين قائما وسابقا على ارتكاب الفعل المعاقب عليه – وأن دور رؤساء الدول هو تنفيذ الأحكام التى يقررها أهل الاجتهاد الذين يمثلون الأمة.

لقد ابتليت شعوبنا فى كثير من فترات تاريخها الإسلامى بمن فرضوا سلطانهم عليها بالقوة والغلب والإكراه، و عطلوا الشورى الحرة التى شرعها القرآن وفرضها، لكن بغيهم لم يصل إلى حد ادعاء سلطة التشريع أو التقنين لأنفسهم، بل التزموا باحترام اسـتقلال الشـريعة واختصـاص المجتهدين والفقهاء والعلماء بكل ما يتصل بالفقه والتشريع قانعين بممارسة السلطة التى تمكنهم فى كثير من الأحيان من ارتكاب أعمال لا تجيزها الشريعة، لكنها تبقى أعمالا فردية تنسب لهم لا إلى الفقه ولا إلى الشريعة .

لكن فى العصر الحاضر، عندما عطلت أحكام الشريعة واتجه كثير من أصحاب السلطة إلى استيراد قوانين وضعية من الخارج لتحل محل أحكام الشريعة والفقه، استوردوا معها دساتير تعطـى لهم "سلطة التشريع الوضعى" بأنفسهم أو بواسطة أعوان ومجالس زائفة يصنعونها على هواهـم، فأعطوا لبغيهم وظلمهم صفة "الشرعية"، واتهموا من يطالبون بالالتزام بالشريعة الإلهية بـأنهم خـارجون على الشرعية التى يدعونها لأنفسهم ولمن يؤيدونهم من المنافقين وفقهاء السلاطين – فأصبحنا نواجه اليوم طغيانا وبغيا لم تعرفه شعوبنا فى تاريخها، لأنه طغيان يدعى لنفسه الشرعية وينكرها على من يتمسكون بالشريعة السمحاء ومبادئها وعلمها وفقهها.

(1) البند (99) .

التعازير فى المعاصي وخارجها والمخالفات-كلها فى إطار النظريات التشريعية:

* * *

بـــذل الشهيد جهدا كبيرا فى الكلام عن المعاصى التى تستوجب التعزير، والنصوص الـــتى استدل بها على ذلك، ليكون ذلك فى نظره دليلا على أن الشريعة تطبق قاعدة ألا جـــريمة ولا عقوبـــة إلا بنص[1] وهو جهد محمود. لكن ذلك لم يعد يغنى فى عصرنا عن التقنين المكتوب والمعلن قبل ارتكاب الفعل المعاقب عليه – لتعدد الاجتهادات واختلاف المذاهب . فمن حق الفرد العادى أن يعلم الرأى أو المذهب الذى سيطبقه القاضى عليه، وأن يكون هذا العلم ممكنا له وميسرا قبل وقوع الفعل الذى يحاسب عليه ...

ووصف الفعل بأنه معصية يستمد من نصوص الكتاب والسنة – هذا كان يكفى فى نظـــر أسلافنا لقولهم إن حكم القاضى بالتعزير على المعصية لا ينشئ الجريمة وإنما أنشأها النص على المعصية – وهذا يكفى لتطبيق مبدإ لاجريمة إلا بنص كما أن تنوع التعازير ثابت منذ فجر الإسلام وما يفعله القاضى هو مجرد الاختيار فيها. وردنا على ذلـــك أن هذا كان جائزا للقاضى المجتهد، لأن اجتهاده مكمل للنص. أما فى عصرنا فلم يعد ذلك ممكنا لأن قضاتنا مقلدون لا مجتهدون.

وما ذكره عن التفرقة بين المعاصى المحرمة بذاتها، والمحرمة بأوصافها دون أن تكون محرمة لذاتها، وما يسميه مخالفات من الأفعال التى تهدد المصلحة العامة دون أن تكون معصـــية بنص شرعى، فإن هذا يدخل فى نطاق ما يمكن أن يسمى بالأنظمة، وتسير بعض النظم العصرية على أنها منفصلة عن الأحكام الشرعية وأنها ملزمة طالما أنها لا تتعارض معها بأى حال من الأحوال .

ويلاحظ اتجاه الأنظمة إلى التضخم بسبب زيادة المشكلات المستحدثة التى لا حكم لها فى الفقه–ومع ذلك نرجو عدم الخلط بينها وبين القوانين الوضعية–وإن كانت نصوصها لا تشـــير إلى هذه التفرقة بينها وبين القوانين الوضعية التى تتميز بعدم اهتمامها بالأصول الدينية أو الأخلاقية التى تشير إلى المعاصى أو المحرمات التى تستحق التعزير–بل تعامل الكل على أساس المحافظة على المصلحة العامة دون إشارة إلى المبادئ الشرعية. ولاشك فى أنه من الأولى وصلها بأصول الشريعة وقيمها ومبادئها لتكون تحت مظلة "النظريات العامة". ولذلك فإننا نتحفظ على قوله إنها تُعَدّ تعزيرات دون الإشارة إلى دخولها فى نطاق النظريات التشريعية المؤسسة على مبادئ الشريعة العامة التى تشير إليها النصوص الشرعية .

(1) البند (101) .

القسم الأول
في التعزير على المعاصي

<عوده> ٩٧ـ *التعزير على المعاصي*: من المتفق عليه أن التعزير يكون في كل معصية لا حد فيها ولا كفارة، سواء كانت المعصية لله أو لحق آدمي.[١] ومعنى أن المعصية لله أنها تمس حقوق الجماعة أو أمنها أو نظامها، ومعنى أنها لحق آدمي أنها تمس حقوق الأفراد ..

والمعاصي هى إتيان ما حرمته الشريعة من المحرمات وترك ما أوجبته من الواجبات[٢] .

ويعرف المحرم بأنه ما طلب من المكلف الكف عن فعله طلبا حتما، بأن تكون صيغة طلب الكف دالة على الحتم، مثل قوله تعالى: ﴿حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير﴾ [المائدة: ٣]، أو أن يكون النهي عن الفعل مقترنا بما يدل على أنه حتم،-٣٢- مثل قوله تعالى: ﴿ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة﴾ [الإسراء:٣٢]، وقوله : ﴿ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق﴾ [الإسراء: ٣٣]، أو أن يكون الأمر بالاجتناب مقترنا بذلك،-٣٣- نحو قوله تعالى: ﴿إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه﴾ [المائدة:٩٠]، أو أن يكون طلب الكف مقترنا بترتيب عقوبة، مثل قوله تعالى : ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ [النور:٤]..

(الصدر) تعليق "رقم-٣٢-": الرأي السائد بين المحققين من علماء الشيعة الإمامية هو استفادة الحرمة من النهي وإن لم يقترن بما يدل على الحرمة، ما لم يقترن بما يدل على عدمها ...

(الصدر) تعليق "رقم-٣٣-": الرأي السائد بين المحققين من فقهاء المذهب الجعفري هو استفادة الوجوب من الأمر، وإن كان مجردا عن قرينة تدل على الوجوب، ما لم يقترن بما يدل على عدم الوجوب ...

(الشاوى) رأينا فى "تعليقى-٣٢-،-٣٣-": كلها متعلقة بتفسير النصوص الشرعية (في الكتاب والسنة)، وهو عمل اجتهادي في نظرنا تختلف فيه الآراء؛ ولذلك فإننا نرى أنه قد أصبح من الواجب في عصرنا والعصور التالية وجود نصوص تقنينية فقهية تحدد ما يُعَدّ جريمة وتشير إلى العقوبة التعزيرية لكل جريمة، حتى نسهل على المكلفين العلم بالجرائم المعاقب عليها، ونسهل مهمة قضاتنا الذين أصبحوا مقلدين غير مجتهدين في معظمهم على الأقل ...

---

(١) المهذب ج/٢ ص /٣٠٦، مواهب الجليل ج/٦ ص/٣١٩، ٣٢٠، المغني والشرح الكبير ج/١٠ ص/٣٤٧، حاشية ابن عابدين ج/٣ ص/٢٥١، الزيلعي ج/٣ ص/٢٠٧ ...

(٢) المعنى الفني للمعصية يقابل تماما بالمعنى للجريمة في استعمالنا القانوني...

⟨عوده⟩ ويعرف الواجب بأنه ما طلب فعله من المكلف طلبا حتما بأنه اقترن طلبه بما يدل على تحتيم فعله مثل، قوله تعالى: ﴿ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر﴾ [آل عمران : ١٠٤]، ومثل قوله : ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل﴾ [النساء:٥٨].

ويختلف المحرم عن المكروه. فالمكروه هو ما طلب من المكلف الكف عن فعله طلبا غير حتم، فإن كان الطلب حتما فهو المحرم .

ويختــــلف الواجب عن المندوب، فالمندوب هو ما طلب فعله من المكلف طلبا غير حتم، فإن كان الطلب حتما فهو الواجب ...

وقد يشتبه المحرم بالمكروه، ويشتبه الواجب بالمندوب، وفي هذه الحالة يعتمد على القرائن لبيان نوع الطلب. فإن دلت القرائن على الكف المحتم فهو المحرم، وإن دلت على الفعل المحتم فهو الواجب. أما إذا دلت على الكف غير المحتم فهو المكروه، وإن دلت على الفعل غير المحتم فهو المندوب. ومن أهم القرائن المعدودة في حالة الاشتباه قرينة: العقوبة، فإن فرضت على مخالفة الطلب عقوبة فالفعل محرم أو واجب، وإن لم تفــــرض عقوبــــة فالفعل مكروه أو مندوب-٣٤- ما لم يستفد الحتم من قرينة أخرى. ولهذا-٣٥- يعرف بعض علماء الأصول المحرم : بأنه ما استحق فاعله العقوبة، ويعرف الواجــــب : بأنه ما يستحق تاركه العقوبة، ويعرف المكروه : بأنه مالا يستحق فاعله العقوبــــة وإن اســــتحق اللوم، ويعرف المندوب بأنه مالا يستحق تاركه العقوبة وقد يستحق اللوم، وهى تعريفات غير دقيقة كما يرى البعض الآخر[1].

[الصدر] تعليق "رقم-٣٤-": لا يكون عدم ذكر العقاب على الترك والفعل قرينة على عدم الوجوب والحرمة بنظر محققي علماء الشيعة بداهة أن العرف يفهم الإلزام من نفس الأمر والنهي وإن لم يشتملا على تهديد بالعقاب، ويشهد بذلك خلو أكثر الأوامر والنواهي من التهديد بالعقاب مع استفادة العرف والفقهاء منها الإلزام ...

[الصدر] تعليق "رقم-٣٥-": إن التعاريف المذكورة إنما يستفاد منها الملازمة بين ترك الواجب وإتيان الحرام وبين استحقاق العقاب، ولا تدل على أن الأمر والنهي لا يستفاد منهما الإلزام إلا مع اشتمالهما على استحقاق العقاب لتكون مؤيدة لما ادعاه المؤلف...

[الشاوى] رأينا فى "تعليقى-٣٤- +-٣٥-": راجع رأينا السابق...

---

(١) الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ج/١ ص/١٦٠-١٧٤، علم أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ٩٧ - ٨٩.

۞ 97 – المعاصي :

النوع الأول من جرائم التعازير يدخل فيه الأفعال التى يستفاد من نص تكليفى فى الشريعة (بالمعنى الضيق – أى الكتاب والسنة) أنها محرمة، سواء كان التحريم صريحا بالأمر باجتنابها أو كان مستفادا ضمنا لكونه تركا أو مخالفة لواجب شرعى نص عليه القــرآن. والنصوص التى أشار إليها كلها آيات قرآنية، وهنا تظهر أهمية النصوص التكليفية فى التعازير .

والتمييز بين التحريم وما يعد مجرد كراهة، وكذلك بين ما يعد واجبا وما هو مجرد ندب أو تفضيل، هو من خصائص شريعتنا، لأن هدفها الأول كما قدمنا هو "التربية المثــلى"، وهــذه التربية لا تكتفى بالأمر والنهى أو التحريم والإيجاب الصريحين أو المباشــرين، بــل يضــاف إليهما ما يعد ديانة مجرد ترغيب وتحسين (ندب) أو تنفير وتبغيض (كره)، دون أن يصل كل منهما إلى حد الأمر الصريح بالنهى أو الوجوب.

إن هذا كله ناتج عن الأهداف الدينية لشريعتنا التى توجب اهتمامنا بتربية إرادة الأفــراد ودفعهم إلى مستوى السلوك المثالى الذى يهدف إلى الوصول إلى درجة من الكمال لا تكتفى بمراعاة الأوامر والنواهى – بل يضاف لها إيجاد الرغبة فيما يعد أنه أفضل من ذلك – وهو اجتناب ما هو مكروه (دون أن يكون محرما) أو القيام بما هو مندوب (دون أن يكون واجبا).

وقد أشار إلى أن التمييز بين ما هو محرم وما هو مكروه فقط، أو بين ما هو واجب ومــا هــو مندوب فقط قد يكون صعبا إذا اكتفينا بصيغة النص، ولذلك لا بد من الاستعانة بالقرائن وبخاصة التصريح بالعقاب أو بالثواب .

وهذا كله لا مجال له فى القوانين الجنائية الوضعية، فهى لا تعترف إلا بالنص على العقــاب – وليــس فيها مجال للأحكام التكليفية ولا لمجرد الكراهة أو الاستحسان والتفضيل .

﴿عوده﴾ ٩٨ـ أنواع المعاصي : يقسم الفقهاء المعاصي إلى ثلاثة أنواع :

النوع الأول : ما فيه الحد،(١) وقد تضاف إلى الحد الكفارة، مثل: القتل والسرقة والزنا وغير ذلك من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية. ولا يدخل تحت هذا النوع إلا جرائم الحدود وعددها سبع،-٣٦- وجرائم القصاص والدية، وعددها خمس؛ لأن هذه الجرائم دون غيرها هي التي تعاقب عليها الشريعة بعقوبة الحد أي بعقوبة مقدرة ...

والأصل في هذا النوع من المعاصي أن عقوبة الحد تغني فيه عن التعزير، لكن ليس ثمة ما يمنع أن يجتمع التعزير-٣٧- مع عقوبة الحد إذا اقتضت ذلك المصلحة العامة، وهذا هو اتجاه المذاهب الأربعة ...

[الصدر] تعليق "رقم-٣٦-": مر عليك قريبا أن علماء الفقه الجعفري يضيفون إلى هذه الجرائم السبع ثلاثا أخرى أوجبوا فيها الحد الشرعي، وهي اللواط والمساحقة والقيادة ...

[الصدر] تعليق "رقم-٣٧-": المانع عن ذلك أدلة الحدود نفسها الدالة على تحديدها بمقدار خاص، فإن المستفاد منها عرفا انحصار العقاب فيها، إلا إذا كانت الجريمة في مكان أو زمان يوجب عظمها، كأن يزني في أحد المساجد، أو في شهر رمضان، فإن للحاكم الشرعي أن يضيف إلى الحد عقوبة زائدة حسبما يراه من المصلحة، كما صرح بذلك جماعة من أكابر فقهاء المذهب الجعفري ...

[الشاوي] رأينا في "تعليق-٣٧-": يعترض على القول بأنه يجوز الجمع بين الحدود والتعزير في جريمة حدية، ونحن نوافق على العلة التي ذكرها، ونوافق على استثناء حالة توافر ظرف مشدد معين آخر يستلزم تغليظ العقوبة كما في الأمثلة التي ذكرها...

ونضيف حالة أخرى هي أن يكون التعزير المضاف مجرد تدبير وقائي وليس عقوبة جنائية، لأن التعازير كما نقول دائما ليست كلها عقوبات، بل تشمل إجراءات التربية والتهذيب والعبادة التي لا يجوز عدها عقوبات جنائية ...

ونلاحظ أن فقيهنا يستعمل كلمة العقوبة الحدية بالمعنى الواسع الذي يشمل عقوبات القصاص والدية، ونعتقد أن هذا هو المعنى الذي يجب مراعاته دائما ...

لكننا نختلف مع فقيهنا في انه يَعُدّ أن التعزير يضاف للحد كوسيلة أو عقوبة تكميلية لتشديد العقوبة الحدية، في حين أننا نرى أنه الأصل، وإن كان الأصل أن القصاص يُعَدّ كافيا يغني عنه في نظرنا، أما في رأي الجمهور الذي يرجحه فقيهنا فهو يَعُدّه مجرد إضافة للحد أو القصاص، وكان الأصل هو الحد أو القصاص، والتعزير عقوبة تكميلية، ونحن لا نوافق على ذلك ...

---

(١) المقصود بالحد هنا العقوبة ...

عوده فمـــالك يرى تعزير الجاني مع عقوبة القصاص في الجناية عمدا على مادون الـــنفس،[١] وحجته في هذا أن القصاص جعل مقابلا للجريمة، وهو حق المجني عليه، وأن التعزير للتأديب وهو حق الجماعة. ولا يرى مالك الجمع بين القصاص والتعزير في القتل العمـــد؛ لأنه لا فائدة من التعزير مع القتل، ولكنه يرى التعزير كلما سقط القصاص لمانع من الموانع[٢] ...

وفي مذهـــب الشافعي يجيزون اجتماع الحد مع التعزير، كمن قتل من لا يقاد به، فإن عـــليه الديـــة وهي حد وعليه التعزير، وكالزيادة على الأربعين في حد الشرب؛ لأن حد الشـــرب عند الشافعية أربعون جلدة، وما زاد على ذلك فهو عندهم تعزير، وكتعليق يد السارق في عنقه بعد قطعها فإن القطع هو الحد والتعليق تعزير[٣] ...

وفي مذهـــب أحمـــد يجيزون تعليق يد السارق في عنقه بعد قطعها[٤]، ومعنى هذا أنهم يجيزون أن يجتمع مع الحد التعزير[٤] ...

وفي مذهـــب أبي حـــنيفة يعـــدون التغريب المقرر للزاني غير المحصن تعزيرا لا حدا، ويجيـــزون أن يجتمع التغريب مع الحد بهذه الصفة. ومعنى هذا أنهم يجيزون اجتماع الحد مع التعزير[٥]...

النوع الثاني : ما فيه الكفارة ولا حد فيه كالوطء في نهار رمضان والوطء في الإحرام.

والكفارة في أصلها نوع من العبادة؛ لأنها عبارة عن عتق أو صوم أو إطعام مساكين، فإذا فرضت فيما لا يعد معصية كانت عبادة خالصة، ومثل ذلك الإطعام بدل الصوم لمن لا يطيـــق الصوم. وإذا فرضت على معصية فهي عقوبة خالصة، كالكفارة في القتل الخطإ والظهـــار. والكفارة في هذا تشبه المال؛ فهو قد يكون عقوبة جنائية كما في حالة الغرامة، وقـــد يكون تعويضا إذا حكم به لتعويض الضرر، وقد يكون عقوبة وتعويضا إذا جمع بين العقوبة والتعويض كالدية ...

---

(١) مواهب الجليل ج/٦ ص/٢٤٧، شرح الدردير ج/٤ ص/٢٢٤ ...
(٢) مواهب الجليل ج/٦ ص/٢٦٨ ...
(٣) أسنى المطاب ج/٤ ص/١٦٢، نهاية المحتاج ج/٨ ص/١٨ ...
(٤) المغنى ج/١٠ ص /٢٦٦ ...
(٥) بدائع الصنائع ج/٧ ص/٣٩، شرح فتح القدير ج/٤ ص/ ١٣٦ ...

(عوده) والمعاصي التي تدخل تحت هذا النوع محدودة، ومحلها إفساد صيام أو إفساد إحرام أو حنث في يمين، أو وطء في حيض أو ظهار[1] ...

ويختلف الفقهاء في جواز التعزير في هذا النوع من المعاصي، فيرى البعض أن لا تعزير فيه، اكتفاء بالعقوبة التي حددت له وهي الكفارة، ويرى البعض الآخر ورأيهم الراجح أنه لا يجوز-٣٨- أن يجتمع مع الكفارة التعزير[2] ...

النوع الثالث : ما لا حد فيه ولا كفارة، كتقبيل المرأة الأجنبية والخلوة بها، والشروع في السرقة وأكل الميتة. ويدخل تحت هذا النوع ما لا يدخل تحت النوعين السابقين، فيدخل تحته معظم المعاصي، بل إن المعاصي التي تدخل تحته لا تعد كثرة لأنها غير محصورة.

ومن المتفق عليه بين الفقهاء أن هذا النوع من المعاصي فيه التعزير أي لا عقوبة عليه إلا التعزير ...

والمعاصي التي لا حد فيها ولا كفارة متنوعة، ولكنها لا تخرج عن أحد أنواع ثلاثة: [3].

(أ) نوع شرع في جنسه الحد ولكن لا حد فيه، كالسرقة من غير حرز، وسرقة مادون النصاب، والسرقة غير التامة. فالسرقة شرع فيها الحد بشروط، منها: أن تكون من حرز، وأن يكون المسروق نصابا، وأن تكون السرقة تامة. فإذا لم تتوافر هذه الشروط فلا حد،

(الصدر) تعليق "رقم-٣٨-": بل الرأي الراجح عدم الجواز وانحصار العقاب بالكفارة؛ لأن المستفاد من أدلتها عدم استحقاق المجرم عقابا غيرها ...

أما كفارة الظهار، فهي عقاب على وطء الزوج زوجته بعد أن ظاهر منها، ويستحق العقاب على نفس الظهار لكونه أمرا محرما، وكل محرم يستحق فاعله العقاب عليه. ولا مانع من اجتماع العقابين لعدم كونهما على أمر واحد ...

(الشاوى) رأينا فى "تعليق-٣٨-": يؤيد قولنا بأن هذه الأفعال ليست جرائم جنائية، وبالتالي لا يجوز أن يجازى مرتكبها بتعازير عقابية، ومع ذلك فلا مانع لدينا من إضافة تدابير تعبدية على أنها تدابير إصلاح ووقاية وليست عقوبات جنائية، وهذا ما نقوله كذلك بالنسبة لحالة الظهار ...

---

(١) عبرنا بهذه العبارات لنجمع بين مختلف الآراء. فهناك مثلا من يرى الكفارة على الوطء في الحيض، وهناك من لا يراها، وهناك من يقول بالكفارة في الوطء في الصيام فقط، ومن يقول بها فيما يفطر ويغذي ...

(٢) أعلام الموقعين ج/٢ ص/٢٢١، المقدمات لابن رشد ج/٢ ص/١٥١، تبصرة ج/٢ ص/٢٥٩، أسنى المطالب ج/٤ ص/١٦٢، نهاية المحتاج ج/٨ ص/١٨ ...

(٣) بدائع الصنائع ج/٧ ص/ ٦٤ ...

〈عوده〉 ومـــثل ذلـــك : الشروع في الزنا ومقدمات الزنا من خلوة وتقبيل وعناق، وهكذا كل ما شرع فيه الحد، ولم تتوافر فيه شروط الحد فلا حد فيه وإنما فيه التعزير ...

(ب) نـــوع شرع فيه الحد ولكن امتنع الحد فيه إما لشبهة درأت الحد كوطء الزوجة في دبـــرها-٣٩- وسرقة المال المشترك-٤٠-، وإما لسبب خاص بالجاني كقتل الأب ولده فإنه لا قصاص فيه، وسرقة الفروع من الأصول فإنها لا قطع فيها-٤١-ويحل محل القطع التعزير.

(ج) نـــوع لم يشرع فيه ولا في جنسه الحد، ومن هذا النوع أكثر المعاصي مثل أكل الميتة والـــدم، ولحم الخنزير، وخيانة الأمانة ممن أؤتمن عليها كأمين بيت المال وناظر الوقف والوصي والوكيل، ومثل تطفيف المكيال والميزان، وشهادة الزور، وأكل الربا، والسب والرشوة وغير ذلك.

[الصدر] تعليق "رقم-٣٩-": اختلف فقهاء المذهب الجعفري في حكم وطء الزوجة في دبرها. فذهب قوم إلى الحرمة، وآخرون إلى الكراهة، كما اختلف غيرهم من علماء المسلمين في ذلك كما يدلنا إلى ذلك ما في كتاب مختصر المزني ص/١٧٤ حيث قال: قال الشافعي رحمه الله: ذهب بعض أصحابنا في إتيان النساء في أدبارهن إلى إحلاله، وآخرون إلى تحريمه. انتهى. وعلى كلا القولين لا يستحق الواطئ الحد: أما على القول بالكراهة فواضح إذ لا حد إلا على الفعل المحرم، وأما على القول بالحرمة فلا حد عليه أيضا لأن الحد شرع على الزنا، وهو لا يصدق على وطء الزوجة في دبرها لكونه كما في كتاب بداية المجتهد لابن رشد كل وطء وقع على غير نكاح صحيح. ولا شبه نكاح ولا ملك يمين. ومن البديهي أن وطء المرأة في دبرها وطء وقع على نكاح صحيح. كما لا يصدق اللواط على وطء الزوجة في دبرها لكون اللواط هو وطء الذكر كما ذكر ذلك العلامة الشيخ زين الدين العاملي المعروف بالشهيد الثاني ...

[الشاوى] رأينا فى "تعليق رقم-٣٩-": نحن نضيف إلى ما ورد في تعليقه رقم-٣٩- من اختلاف الآراء فيما يتعلق بإتيان الزوجة في دبرها أنه لا يجوز التوسع في تطبيق الحدود؛ ولذلك لا محل لما قاله فقيهنا من أن هذه المعصية مما شرع فيها الحد ...

لكن موضع البحث هنا جواز التعزير أو عدم جوازه؛ ولذلك فإن الحجج التي أوردها لا محل لها؛ لأنها تدور حول حسبان الفعل زنا يستحق عقوبة حدية وهو ليس كذلك، بل يمكن الشك أو الاعتراض على حسبانه من المعاصي التي تستحق التعزير ...

[الصدر] تعليق "رقم-٤٠-": مع احتمال أن ذلك جائز له ولم يأخذ أكثر من حقه أما مع علمه بالحرمة فلا ريب في إقامة الحد عليه إذا أخذ أكثر منه، أما لو لم يأخذ أكثر من حقه فقد اختلفت آراء فقهاء المذهب الجعفري في لزوم إقامة الحد عليه وعدمه ...

[الصدر] تعليق "رقم-٤١-": الرأي السائد بين فقهاء المذهب الجعفري هو لزوم إقامة الحد في هذا المقام..

[الشاوى] رأينا فى "تعليقى-٤٠- و -٤١-": نأخذ على التعليقين أنه يناقش في حسبان هذا النوع من السرقات التى تستحق عقوبة الحد، لكن في نظرنا يجوز تعزير السارق في هذه الأحوال ...

98 – درجات المعاصي أو أنواعها الثلاثة :

إن ما وصل إليه فقهنا من الدقة فى التمييز بين مجرد الأمر والنهى، وبين ما هو أقل من الأمر (الترغيب) وما هو أدنى من النهى (المكروه)، قد تجاوز ذلك، بأن توصلوا إلى مـــا عرضه فقيهنا من تفاوت بين ثلاثة أنواع مما يعدونه من المعاصى طبقا للمبدإ الذى استعرضه من قبل – وذلك بسبب اختلاف موقف النصوص القرآنية من كل نوع منها نتيجة لتقدير الشارع الحكيم لمدى خطورة كل نوع ...

هذا التفاوت جعل هناك ثلاث درجات من المعاصى :

النوع الأول :– وهو أشدها وأهمها، ووصفه بأنه الجرائم التى تتوافر فيها ظروف مشـــددة توجب الحكم فيها بعقوبة مقدرة بالنص الشرعى، وهى عادة عقوبة جنائية بدنيـــة (الحد أو القصاص) أو بالدية . وفى نظره أن عددها اثنتا عشرة جريمة مقررة بنصوص صريحة فى القرآن منها سبعة حدود[1] وخمس جرائم يعاقب عليها بالقصاص أو الدية. ويلاحظ أنه يعد القصاص نوعا من الحدود .

وأهـــم مـــا تطرق إليه هنا هو أن المذاهب الأربعة الكبرى تتفق فى أن هذه العقوبات المحـــددة بنصـــوص صـــريحة لا تغنى عن التعزير، إذ أجازوا أن يحكم بعقوبة تعزيرية مع العقوبـــة الحدية – إذا قضت بذلك المصلحة العامة. وهذا يؤكد رأينا الذى ذكرناه مرارا مـــن أن الـــتعزير هو الأصل فى جميع الجرائم وليس عقوبة مقصورة على نوع معين من الجرائم (التى اعترضنا على وصفها بأنها جرائم التعازير.. وقلنا إن ذلك القول يخلط بين أنـــواع العقوبـــات ويعدها أنواعا للجرائم). كما قلنا إن بعض التعازير هى تدابير وقائية وليست عقوبات جنائية–وإضافتها للحد لا يعد تشديدا للعقوبة القصوى.

صحيح أن رأينا هو أنه فى حالة توافر الظرف المشدد الذى يوجب الحكم بعقوبة الحد أو القصـــاص، فإن توقيع هذه العقوبة القصوى يغنى عن التعزير لأن فيه ما يكفى للردع والتأديب – ومع ذلك فإن المذاهب الأربعة تترك للقاضى التقدير وتعطيه الحق فى إضافة التعزير إلى العقوبة المقدرة. وهذا رأى لا نوافق عليه إذا كان التعزير المضاف عقوبة جنائية، لأن العقوبات القصوى الحدية فيها الكفاية فى نظر الشارع ، ولا نرى فائدة من الإضافة

(1) يوجد خلاف كبير حول عدد الجرائم – إذ إن كثيرين لا يعترفون بحد الردة – ولا حد الشرب.. وبذلك تكون الحدود المتفق عليها خمسة فقط ... مع ملاحظة أن حد الرجم فى زنا المحصن يعارضه كثيرون ويكتفون بما قرره القرآن من عقوبة الجلد لجميع أنواع "الزنا".

التعازير التي يمكن إضافتها للحد هي التي تدخل ضمن التدابير الوقائية والتهذيبية فقط :

إليهـــا برغم أن العمل جرى على غير ذلك بقصد التشهير والتشفى ممن يتجرءون على هـــذه الجرائم الخطيرة ... التي تعد من الكبائر. ومع ذلك، فإن كثيرا من التعازير التي يـــرون إضافتها إلى الحد أو القصاص، يمكن قبولها على أنها مجرد تدابير وقائية تحول دون عودة المجرم إلى الجريمة المنكرة .

الـــنوع الثاني :- في نظره هو المعاصي التي وردت نصوص تفرض على مرتكبها الكفّارة (دون حد ولا قصاص) .

في نظـــره أن هذا النوع من المعاصي حددته النصوص القرآنية كما هو الحال في النوع السابق عليه .

وبرغم أن المعاصي من هذا النوع الأصل فيها أنها تعد في نظره جرائم جنائية لأن الكفارة المفروضـــة فيها يعدها عقوبة جنائية، فإنه يقول إن الفقهاء ليسوا متفقين على جواز التعزير فيها إضافة للكفارة كما اتفقوا على ذلك بالنسبة للنوع السابق، وإنهم يكتفون بالكفارة.

ورأيـــنا أن الفقهاء الذين يرفضون جواز التعزير على هذه "المعاصي" إنما يؤيدون وجهة نظرنا بأنها ليست جرائم جنائية – وأن الكفارة التي فُرضت على مرتكبيها هي مجرد إجراء تعبدي من نوع العبادات المؤدية للتوبة وللتطهير من دنس خطيئة دينية لاتصل إلى مستوى الجريمة الجنائية–ومراجعة الأفعال التي تدخل في هذا النوع ترجح في نظرنا هذا الرأي؛ لأنها كلها متعلقة بواجبات تدخل في نطاق العبادات، كما هو واضح في المثلين الواردين وهما الوطء (غير المحرم في الأصل، أي مباشرة الزوج لزوجته) في نهار رمضان أو فترة الإحرام .

فرأينا هو أن هذا النوع من المعاصي لا يدخل في نطاق التشريع الجنائي، ولم يكن هناك داع لذكره هنا لأن الكفارة المفروضة فيها هي عبادة محضة قصد بها تأكيد توبة مرتكبها وطلبه المغفرة – وهي ليست عقوبة جنائية في نظرنا في هذه الأحوال .

والـــنوع الـــثالث : في نظره هو الأعم، ويرى أنه يشمل ثلاثة أنواع من حيث علاقتها بالحدود، على النحو الذى فصله .

سبق أن بيَّنا وجوب التفرقة بين تنوع الجرائم، وتنوع العقوبات، لأن الجريمة الواحدة يمكـــن أن يختـــلف نوع عقوبتها أو مقدارها بسبب توافر ما نسميه "ظروفا مشددة" أو "ظروفا مخففة" .

هذه الظروف المشددة أو المخففة لا تغير جنس الجريمة ولا نوعها وإن كانت تغير العقوبة، الأمر الذى يعني إعطاءها قدرا أكبر من الخطورة يسوّغ حسبانها من الكبائر.

❁ التعزير لمصلحة الجماعة خارج الأعمال التي تستوجب الحد أو القصاص أو الكفارة :

والـــرأى فى نظرنا هو القول بأن جميع المعاصى الأصل فيها التعزير الذى تقتضيه مصلحة الجماعة، لكن بعضها يجب أن "يضاف" إلى التعزير فيه (فى رأيهم أو يعوض عنه فى رأينا) عقوبة حدية عند توافر ظرف مشدد فيها (وهذا هو ماعده النوع الأول منها (أ)).

والـــبعض الآخـــر (ب) هو الذى يجب فيه التعزير لثبوت الجريمة وكونها من جنس الجريمة الحدية لكنها لا تستوجب الحد بسبب عدم توافر الظرف المشدد أو وجود شبهة في توافره لكى يعاقب مرتكبها بعقوبة حدية وليست من المعاصى التى تستوجب كفارة .

أما النوع الثالث (ج) فى نظره فيشمل الأفعال التى لم يفرض القرآن عليها عقوبة حديـــة مطـــلقا (أى أنها ليست من جنس الحد كما يقول)، ولكن تقتضى مصلحة الجماعـــة فـــرض عقوبـــة التعزير على مرتكبها ... لما يترتب عليها من ضرر لنظام الجماعة ويدخل فيه أغلب المعاصى التى ذكر أمثلة منها (ص ب/ 55) .

والمعيـــار الذى أشار له وهو "الضرر لنظام الجماعة أو مصلحة الجماعة" لا يكفى فى نظـــرنا – بل نرى أنه لابد أن يجد الفقه وأهل الاجتهاد أنه توافر فى الفعل الذى يســـتحق الـــتعزير فى نظرهم ما يدخله ضمن إحدى النظريات التشريعية التى تدور حـــول الأفعال المعاقب عليها بنص قرآنى صريح، مثل جرائم العدوان على العرض والأسرة، أو على الأموال، أو على الأرواح والأبدان .. وهكذا .

وقـــد ســـبق أن أشرنا إلى أنه فى البند (–51–) فيما سبق فرّق بين التعزير على المعاصى – الذى يكون واجبا (مثل الربا وخيانة الأمانة والرشوة والسب) وفى غيرها يكون التعزير تقديريا للقاضى – المجتهد فى نظرنا – لا قضاة عصرنا .

وهـــذا النوع هو الذى جعل الفقهاء يسيرون على أنه "يجوز" فيها التعزير .. والجواز كـــان مـــتروكا لـــتقدير القاضى عندما كان القضاة مجتهدين، أما الآن فى عصر القضاة المقلدين، فقد أصبح من واجب من يتولون مهمة الاجتهاد فى مجتمعاتنا أن يقننوا التعازير التى تدخل ضمن هذا النوع ويعدوها جرائم جنائية أو تدابير وقائية بنص صريح .

والمعاصـــى الـــتى لا تقنن لها عقوبات جنائية تخرج عن نطاق التشريع الجنائى – ويمكـــن أن يكون الجزاء فيها تأديبيّا وتهذيبيّا أو تعبديّا – لأن كلمة التعزير بحسب الأصـــل تشـــمل كل تدابير التأديب والتهذيب بإجراء اجتماعى أو دينى ليس من الضرورى وصفه بأنه "عقوبة جنائية" .

هـــذا السبب هو الذى جعلنا نؤكد ضرورة تقنين هذه التعازير جميعها بقرار من الأمة أو ممن يمثلونها من أولى الأمر فى التشريع وهم أهل الاجتهاد كما سنوضح فيما يلى.

(عوده) ٩٩ *ما هو السبيل إلى معرفة المعاصي؟* : والمعاصي سواء كان فيها حد أو كفارة أو لا حد فيها ولا كفارة، مبينة بيانا لا خفاء فيه في الشريعة الإسلامية، وكل إنسان يستطيع إذا شاء أن يعرفها ويلم بها لو راجع النصوص من قرآن وسنة. فالسبيل إلى معرفة المعاصي هو نفس السبيل الذي تعرف به الجرائم في القوانين الوضعية، هو الاطلاع والدراسة. فمن اطلع ودرس عرف المعاصي في الشريعة، وعرف الجرائم في القوانين الوضعية، ومن لم يطلع ولم يدرس فهو جاهل بالشريعة، كما هو جاهل بالقوانين وبغيرها من العلوم. وليس يعيب الشريعة في أي شيء أن المعاصي لم تجمع في كتاب واحد، فإن العبرة ليست بجمع الجرائم في كتاب خاص بها، وإنما العبرة بالنص على الأفعال التى تعد جرائم، وعلى عقوباتها. على أنه ليس في الشريعة ما يمنع أولي الأمر من جمع المعاصي في كتاب خاص تبين فيه واحدة واحدة، مرتبة بحسب نوعها أو عقوبتها أو محلها أو غير ذلك من أوجه الترتيب والتنظيم، مادام المقصود من التجميع تسهيل الاطلاع على المعاصي وتيسير العلم بها...

ومن يراجع النصوص الشرعية ويدرسها يستطيع دون شك أن يجد لكل معصية نصًّا صريحا حرمها، ونصًّا صريحا يعاقب عليها إن كانت المعصية معاقبا عليها بالحد أو الكفارة. أما إن كان معاقبا عليها بالتعزير، فإنه يجد النص الذي حرمها، والنصوص التي فرضت عقوبات التعزير عليها وعلى غيرها ...

ولقد استعرضنا جرائم الحدود، وجرائم القصاص والدية، فوجدنا لكل هذه الجرائم نصوصا تحرمها، وتحدد عقوباتها. وهذه الجرائم تدخل كما علمنا تحت النوع الأول من أنواع المعاصي، وهو النوع الذي فيه الحد أصلا والكفارة مع الحد أحيانا، وبقي أن نستعرض النوع الثاني من المعاصي الذي فيه الكفارة، والذي قلنا إن هناك خلافا على التعزير فيه-٤٢-، وبعد أن نستعرض النصوص التي وردت فيه، نستعرض النوع الثالث من المعاصي، وهو النوع الذي لا حد فيه ولا كفارة ...

(الصدر) تعليق "رقم-٤٢-": مر عليك آنفا رأي الفقه الجعفري، فراجع ...

99 - وجوب تقنين التعازير فى نظرنا حاليا :

"السبيل الذى يمكن المكلف من معرفة المعاصى التى يُعزر مرتكبها جنائيًا فى نظره" هو مــا ذهــب إليــه فقهاؤنا من الاكتفاء بالإحالة إلى وجوب الاطلاع ودراسة النصوص والعلم... الذى هو فريضة على كل مسلم ومسلمة ..

ويشـــعر الجميع بأن ظروف المجتمعات قد تعقدت أكثر من ذى قبل، وأصبح نصيب علوم الشريعة فى التعليم العام ضئيلا، حتى أصبح الفرد العادى محتاجا إلى أن يقوم "أهل الاجتهاد وأهل الذكر" بتسهيل سبل هذا العلم ... وخطا خطوة محمودة بأن أضاف إلى ما قاله أسلافنا قوله إنه " ليس فى الشريعة ما يمنع أولى الأمر من جمع المعاصى" فى مجموعة أو مدونة تبين الأفعال المعاقب عليها جنائيًا وعقوبة كل منها وذلك "لتيسير العلم بها".

ونحـــن ومن يأتون بعدنا عليهم أن يخطوا خطوة أخرى، هى أن هذا "التقنين" أصبح واجبا... وضروريًا فى الحاضر والمستقبل بشرط أن يقوم به أهل الاجتهاد.

والواقـــع أن عـــدم التقنين الشرعى أو تأخره قد ترك الساحة مفتوحة أمام السلاطين لكـــى يقومـــوا هم بإصدار مجموعات وضعية يستوردونها من النظم الجنائية الأجنبية... واســتغنوا بذلك عن الفقه والاجتهاد وعطلوا الشريعة. ويسارع بعض فقهاء السلاطين ليصفوا هذه المستوردات بأنها تعازير ... وإذا انتقدهم أحد أو عاتبهم اعتذروا بأن الفقه هـــو الـــذى قصـــر عن القيام بمواجهة هذه الضرورة أو الحاجة، وأن العلماء هم الذين تأخروا عن القيام بواجبهم فى التقنين الشرعى.

وهذا العذر صحيح إلى حد ما فى نظر كثيرين !!!...

لذلك تبارت شخصيات وهيئات عديدة الآن فى القيام بإعداد مشروعات للتقنين....

بقـــى أن يستدرك المسئولون فى الدول المعاصرة الملزمون بالخضوع للشريعة وتطبيقها - لكـــى يسارعوا إلى العمل بهذه التقنينات التى أعدها أهل الفقه والعلم بعد أن أصبح تطبيق الشريعة والالتزام بالفقه مطلبا شعبيًا ملحًا .. بسبب إصرار الشعوب على استبعاد "القوانين الوضعية" التى تستورد من الخارج .

غـــير أننا نقر قوله بأنه ليس بعيب فى الشريعة أن المعاصى (المعاقب عليها) لم تجمع فى كـــتاب واحـــد (تقنين تشريعى)، لأن التقنين فى نظرنا يجب أن يكون دائما عملا بشريًا فقهيًـــا قابلا للتطوير والتغيير والتبديل، أما لو صدر عن المشرع الإلهى فقد يترتب عليه جمـــود الشريعة وحرمانها من المرونة والتطور الذى هو من أهم مزايا شريعتنا التى تجعلها خالدة صالحة لكل زمان ومكان .

〈عوده〉 ١٠٠ـ *المعاصي التي فيها الكفارة ولا حد فيها* : ذكرنا أن هذه المعاصي هي إفساد الصيام، وإفساد الإحرام، والحنث في اليمين، والوطء في حيض، والوطء في ظهار، وسنعرضها واحدة بعد أخرى ...

إفساد الصيام : يقول الله تعالى: ﴿يأيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم﴾ [البقرة:١٨٣]، ويقول: ﴿أحل لكم ليلة الصيام الرفث إلى نسائكم هن لباس لكم وأنتم لباس لهن علم الله أنكم كنتم تختانون أنفسكم فتاب عليكم وعفا عنكم فالآن باشروهن وابتغوا ما كتب الله لكم وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر ثم أتموا الصيام إلى الليل ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد تلك حدود الله فلا تقربوها﴾ [البقرة:١٨٧]. وروي عن أبي هريرة: أن رجلا جاء إلى رسول الله ﷺ فقال: "هلكت يا رسول الله. قال: ما أهلكك؟ قال: وقعت على امرأتي في رمضان. قال : هل تجد ما تعتق به رقبة؟ قال: لا. قال: فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين؟ قال: لا. قال : فهل تجد ما تطعم به ستين مسكينا؟ قال : لا. ثم جلس. فأتى النبي بفرق فيه تمر فقال : تصدق بهذا". فهذه نصوص صريحة تفيد وجوب الصوم وتحرم إفساده بجماع أو طعام أو شراب وتجعل عقوبة من أفسد صيامه بجماع-٤٣- عتق رقبة أو صيام شهرين متتابعين، أو إطعام ستين مسكينا، كفارة عن المعصية التي وقع فيها[1] ...

〈الصدر〉 تعليق "رقم-٤٣-": ويدل على عقوبة من أفسد صومه بغير الجماع الخبر المعتبر المروي في الكافي عن الإمام جعفر بن محمد الصادق(ع) في رجل أفطر في شهر رمضان متعمدا يوما واحدا من غير عذر، قال: يعتق نسمة أو يصوم شهرين متتابعين، أو يطعم ستين مسكينا فإن لم يقدر تصدق بما يطيق ...

〈الشاوى〉 رأينا في تعليق"رقم-٤٣-": تعليقات السيد الصدر حتى رقم-٤٧- هي في نظرنا تفترض أن الكفارة عقوبة جنائية، ونحن لا نوافق على ذلك، والحجج التي ناقشها كلها تدور حول الكفارة، ولا شأن لها في نظرنا بالتشريع الجنائي؛ لأنها إجراءات تعبدية، ونفضل استعمال كلمة "توبة" بدلا من كلمة "عقوبة" في أول التعليق ...

---

(١) اختلف الفقهاء في تطبيق النص المقرر للعقوبة، فمالك وأبو حنيفة يريان تطبيقه إذا أفسد الصيام بأكل أو شرب، والشافعي وأحمد يريان مع أهل الظاهر قصر النص على حالة الجماع فقط. وأساس الخلاف بين الفريقين أن الفريق الأول يرى العقوبة على إفساد الصيام، وهو يفسد بالجماع والأكل والشرب، والفريق الثاني يرى أن العقوبة جاءت على الجماع فقط، فلا تنطبق على غير ما جاءت فيه. وهناك خلافات أخرى أهمها : أن البعض يرى تطبيق النص على المرأة كما ينطبق على الرجل، والبعض لا يرى تطبيقه إلا على الرجل. كذلك يرى البعض أن النص ينطبق على حالة العمد فقط، والبعض يسوي بين المتعمد والناسي. ويرى البعض في حالة تعدد الإفطار تطبيق قاعدة التداخل، ولا يرى البعض تطبيقها، ولكل فريق حججه، ولا نرى ما يدعو هنا لسردها، فكلها خلافات في تفسير النصوص وتطبيقها. راجع بداية المجتهد الجزء الأول ص /٢١٠ وما بعدها، والهداية الجزء الأول ص/٩٦، والإقناع الجزء الأول ص/٣١٢ وما بعدها، المهذب ج/١ ص/١٨٣ وما بعدها ...

عوده〉 إفســاد الإحرام : يقول الله تعالى: ﴿وأتموا الحج والعمرة لله فإن أحصرتم فما استيسر من الهدى ولا تحلقوا رءوسكم حتى يبلغ الهدى محله فمن كان منكم مريضا أو بــه أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك فإذا أمنتم فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدى فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجعتم تلك عشــرة كاملة ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام﴾ [البقرة : ١٩٦]. ويقول: ﴿الحج أشهر معلومات فمن فرض فيهن الحج فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج﴾ [الــبقرة:١٩٧]. ويقــول : ﴿وحــرم عليكم صيد البر مادمتم حرما﴾ [المائدة :٩٦]. ويقــول: ﴿يأيهــا الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مــثل ما قتل من النَّعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة أو كفارة طعام مساكين أو عــدل ذلــك صياما ليذوق وبال أمْرِه﴾ [المائدة :٩٥]. ويقول: ﴿يأيها الذين آمنوا لا تحلوا شعائر الله ولا الشهرَ الحرامَ ولا الهدى ولا القلائد﴾ [المائدة :٢]...

ومــن السنَّة الثابتة ما يرويه-٤٤- كعب بن عجرة: أنه كان مع رسول الله (ﷺ) محــرما، فآذاه القمل في رأسه، فأمره رسول الله أن يحلق رأسه، وقال له : "صم ثلاثة أيام، أو أطعم ستة مساكين، مدّين لكل إنسان، أو انسك بشاة" ...

ومــن المــتفق عــليه أن المنع من حلق الرأس لم يقصد لذاته، وإنما قصد منه منع الزينة والــترفيه، ولــذا يأخذ حكمه استعمال الطيب-٤٥- ولبس المخيط. وروى ابن عمر: أن رســول الله (ﷺ) قال في المحرم: "لا يلبس القميص ولا السراويل ولا البرنس ولا العمامة ولا الخــف إلا أن لا يجد نعلين فيقطعهما من أسفل الكعبين، ولا يلبس من الثياب ما مسه ورس أو زعفران" ...

ويفســر الرفث بالجماع، والفسوق بأنه الخروج عما يجب على المحرم إلى الأشياء التي كانت مباحة قبل أن يحرم، كالصيد والطيب والزينة بلبس المخيط(١) ...

الصدر | تعليق "رقم-٤٤- ": ونظير هذا الخبر خبر آخر يرويه الشيخ محمد بن الحسن الطوسي بإسناده عن الإمام جعفر بن محمد الصادق) ع) ...

الصدر | تعليق "رقم-٤٥-": لا يمكن الاستناد إلى الخبر المذكور بوجوب الكفارة لاستعمال الطيب ولبس المخيط، إلا إذا قطعنا بأن المراد من الحديث الشريف هو المنع من الزينة والترفيه وأنى يمكن القطع بذلك؟ ولا يحكم فقهاء المذهب الجعفري في مورد ما إلا مع قيام الدليل عليه.

الشاوى | رأينا في تعليق "رقم-٤٤- و-٤٥-": راجع رأينا على تعليق رقم-٤٣- ...

(١) تفسير المنار ج/٢ ص/٢١٧ وما بعدها، بداية المجتهد ج/١ ص/٢٨٦ وما بعدها، المهذب ج/١ ص/٢٠٤ ومابعدها، الهداية ج/١ ص/١٢٥ وما بعدها، الإقناع ج/١ ص/٣٥٥ وما بعدها ...

عوده هذه هي النصوص التي تحرم ما يفسد الإحرام وتلك هي العقوبات التي فرضتها على من يفسد إحرامه، وهي نصوص صريحة كانت وما تزال عماد الفقهاء في بيان ما يفسد الإحرام وما يجب عليه من عقوبة ...

الحنث في اليمين: يقول الله تعالى: ﴿ولا تجعلوا الله عرضة لأيمانكم﴾ [البقرة:٢٢٤]، ويقول: ﴿لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام﴾ [المائدة:٨٩]. وقال رسول الله (ﷺ) لعبد الرحمن بن سمره: "يا عبد الرحمن بن سمرة لا تسأل الإمارة، فإنك إن أعطيتها عن مسألة وكلت إليها، وإن أعطيتها من غير مسألة أعنت عليها، وإن حلفت على يمين فرأيت غيرها خيرا منها فأت الذي هو خير، وكفر عن يمينك".-٤٦- ولاشك أن هذه النصوص صريحة في تحريم الحنث باليمين، وتبيان عقوبة الفعل المحرم[1] ...

الوطء في الحيض : يقول الله تعالى : ﴿ويسألونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن﴾ [البقرة:٢٢٢]. وروي-٤٧- عن ابن عباس

الصدر تعليق "رقم-٤٦-": لا يستفاد من الرواية تقدير الكفارة، وإنما يستفاد منها وجوب التكفير. وفي روايات الشيعة الإمامية المروية عن أئمة أهل البيت (ع) ما يستفاد منه تقدير الكفارة ...

الصدر تعليق "رقم-٤٧- ": وفي رواية داود بن فرقد المروية عن الإمام جعفر بن محمد الصادق عليه السلام أنه قال: يتصدق إذا كان في أوله بدينار، وفي وسطه نصف دينار، وفي آخره ربع دينار. وقد اعتمد على هذه الرواية وذهب إلى وجوب التكفير بالثلث الأول من الحيض بدينار، وفي الثلث الثاني بنصف دينار، وفي الثلث الثالث بربع دينار جماعة من أكابر فقهاء المذهب الجعفري كالشيخ المفيد والسيد المرتضى والشيخ الطوسي. وذهبت جماعة أخرى من فقهاء الشيعة إلى عدم وجوب الكفارة للخبر المعتبر الذي يرويه العيص عن الإمام جعفر بن محمد أنه قال: سألت أبا عبد الله عن رجل واقع امرأته وهي طامث، فقال الإمام (ع) : لا يلتمس فعل ذلك، قد نهى الله (ﷻ) أن يقربها. قلت: فإن فعل ذلك أعليه كفارة ؟ قال (ع) : لا أعلم فيه شيئا، يستغفر الله ...

والرأي الراجح الذي يقتضيه الأخذ بمحتوى الدليلين هو نفي وجوب الكفارة للرواية الثانية، والحكم باستحبابها للرواية الأولى؛ لأن المستفاد عرفا من الكفارة في الرواية الثانية هو نفي وجوبها بشهادة الأولى الحاكمة بثبوتها، كما أن المستفاد عرفا من الأمر بها في الرواية الأولى هو استحبابها بشهادة الثانية النافية لها.

الشاوى رأينا في تعليق "رقم-٤٦- و-٤٧- : راجع تعليقنا رقم-٤٣- ...

(١) بداية المجتهد ج/١ ص/٣٢٩ وما بعدها، المهذب ج/٢ ص/١٥٠ ومابعدها، الهداية ج/٢ ص/٦٣ وما بعدها، الإقناع ج/٤ ص/٣٣٧ وما بعدها...

عوده عن رسول الله (ﷺ) في الذي يأتي امرأته وهى حائض، أنه يتصدق بدينار، وروي عنه بنصف دينار. وروي أيضا في حديث ابن عباس: هذا أنه إن وطئ في الدم فعليه دينار، وإن وطئ في انقطاع الدم فنصف دينار، وروي هذا الحديث على أنه يتصدق بخمسي دينار ...

ونص القرآن صريح في تحريم إتيان المرأة في الحيض. أما الحديث المروي عن ابن عباس فقد صح عند أحمد فأوجب الكفارة دينارا على من وطئ الحائض[1] أما الأئمة الثلاثة فلم يصح عندهم شيء من هذه الأحاديث، ولذلك لم يوجبوا الكفارة في وطء الحائض عملا بالأصل الذي هو سقوط الحكم حتى يثبت بدليل[2] .

ويترتب على القول بعدم وجوب "الكفارة" أن الفعل يكون عند القائلين بهذا من المعاصي التي لا حد فيها ولا كفارة، أي من المعاصي التي يمكن التعزير فيها...

الوطء في الظهار : يقول الله تعالى: ﴿والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير*فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا﴾ [المجادلة: ٣، ٤] والنص قاطع في تعيين المعصية وتحديد العقوبة[3] ...

---

(١) الإقناع ج/١ ص/٦٤ ...

(٢) بداية المجتهد ج/١ ص/٤٦، الهداية ج/١ ص/١٨ وما بعدها، المهذب ج/١ ص/٣٦ وما بعدها.

(٣) اختلف الفقهاء في تفسير معنى ﴿يعودون لما قالوا﴾ ففسرها مالك والشافعي وأحمد بأنه يعود لما حرمه على نفسه بأنه ينوي وطأها أو إمساكها أو هما معا، وفسرها مجاهد وطاووس وأبو حنيفة بأن العود المقصود هو العود في الإسلام إلى ما تقدم من ظهارهم في الجاهلية، وفسرها داود الظاهري بأن العود هو أن يكرر الظهار ثانية، فمن لم يظاهر مرتين ليس بعائد ولا كفارة عليه.

فالمعصية بحسب تفسير مالك والشافعي وأحمد جريمة بسيطة، وبحسب تفسير الباقين وعلى الأخص داود من جرائم العادة، ولا تتكون إلا بحصول الظهار الثاني، أما الأول وحده فلا يكون المعصية، ومن ثم لم تترتب الكفارة إلا على الثاني. راجع بداية المجتهد ج/٢ ص/٨٧ ومابعدها، الهداية ج/٣ ص/١٤ وما بعدها، المهذب ج/٢ ص/١٢٠ وما بعدها، الإقناع ج/٤ ص/٨٢ وما بعدها ...

100 – فى نظرنا أن الأصل فى الكفارات أنها عبادة وتوبة وليست عقوبة جنائية :

يعــود فقيهنا للإفاضة فى شرح الأفعال التى عَدَّها معاصى، لكن الشريعة اكتفت بــأن فرضت الكفارة على مرتكبيها. ويذهب بعض الفقهاء إلى أن هذا لا يكفى بل يجوز فيها التعزير .

وهــو يتعرض هنا لذلك على سبيل الاحتياط ما دام أن "بعض" الفقهاء يرى أنه يجــوز "التعزير الجنائى" عليها – لكننا نستبعد هذا الرأى كما قدمنا؛ لأنه يؤدى إلى توسيع نطاق العقوبات الجنائية، وهو تبعا لذلك يعطى فرصة كبيرة لمن يدَّعون تمثيل سلطات الدولة ليفرضوا مزيدا من العقوبات ....

وفى رأينا أن الكفارة هى إجراء دينى وتدبير من نوع العبادات يعنى التوبة والندم. وقد جرت شريعتنا على الاكتفاء بالوازع الدينى والعقيدى، والاكتفاء به كلما أمكن ذلك. وليس من المصلحة إدخال التدابير الدينية فى نطاق التشريع الجنائى، لأن هذا يشــوه صورتها ويضيع الغرض التربوى والتهذيبى الدينى الذى هو جوهرها، وهذا الغرض هو التوبة، وليس العقاب الجنائى .

بــل لقد ذهبت فيما سبق إلى تأييد رأى المعتزلة[1] فى أن شريعتنا لا تقرر العقاب الجنائى عــلى "القــتل أو الجرح خطأ". وقول فقيهنا بحسبان هذا العقاب استثناء شرعيّا من المبدإ الــذى قرره رسولنا الأمين بقوله: "رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه". هذا القــول لا داعــى له لأن الجزاء المقرر له فى شريعتنا بنص قرآنى هو الكفارة. ونحن نفضل السمو بالكفارة عن وصفها بأنها عقوبة. ونرى أيضا عدم وصف هذه الأفعال الخاطئة بأنها "جــرائم" حتى ولو سارت جميع القوانين الوضعية على وصفها بهذا الوصف، وقررت لها بناء على ذلك عقوبات الحبس (على جريمة القتل خطئا) ويمكن اعتبار هذا الحبس تدبيرا وقائيا مثل الحبس فى أثناء التحقيق الذى هو تعزير وقائى بمعنى أنه تدبير احتياطى لكن ليس عقوبة.

إننا نفضل عدم وصف الكفارة بأنها عقوبات جنائية، لأن ذلك يدل مرة أخرى على سمو الأحكام الشرعية وترفعها عما تسير عليه القوانين الوضعية من الإسراف فى العقاب الجنائى .. الذى تغنى عنه التوبة متى توافرت أسبابها، وأداء الكفارة هو إجراء يؤكدها .

إن شــريعتنا تفضل الاستغناء عن العقوبة الجنائية بالتدابير ذات الصفة التعبدية والتربوية ... منها الكفارة التى تؤدى إلى التوبة .

---

(1) يراجع هامش (2) فى نهاية البند (300) من كتاب التشريع الجنائى فيما بعد ...

۞ التعازير أوسع نطاقا من العقوبات الجنائية وتشمل تدابير الوقاية والتهذيب:

إن شريعتنا ذات طابع إلهى ودينى – وتتميز بالحرص على التوبة أكثر من حرصها على العقوبة الجنائية – وهذا من أهم ما يميزها عن القوانين الوضعية .

لقد أفاض فى شرح أمثلة لهذا النوع من المعاصى التى تستوجب الكفارات. ويتبين من هذا الشرح أنها جميعا متعلقة بالعبادات وما يلزم لها من واجبات مثل وجوب الامتناع عن جماع الزوجة فى الصيام والجماع فى حالة الإحرام والجماع فى فترة الحيض (مع الزوجة). والجماع بعد الظهار (مع الزوجة أيضا)، والحنث فى اليمين الذى يكون خطيئة دينية فقط طالما أنها لم تصل إلى ما يُعَدّ شهادة زور مثلا .

والنصوص القرآنية التى أوردها فى عرضه لهذه المعاصى كلها تؤكد ما قلناه دائما من أن شريعتنا ليست مجموعة نصوص تشريع جنائى، وإنما واجبات وتدابير متنوعة بعضها تكون مخالفتها جرائم معاقبا عليها، لكن البعض الآخر لايجوز وصفها بأنها "جرائم" ولو كانت معاصي شرعية .

وما لا يوصف بأنه جريمة لا يجوز عَدُّ ما يترتب عليه "عقوبة جنائية"، حتى ولو سار الفقه على إدخالها ضمن "التعازير" . إننا نبهنا فى مواضع متعددة إلى أن كلمة "التعازير" لا يجوز عَدُّها مرادفة "للعقوبات الجنائية"، لأن كثيرا منها مجرد تدابير تربوية وتهذيبية تدخل ضمن تدابير الوقاية أو تدخل ضمن العبادات التى يقصد بها التوبة أو التكفير عن خطيئة أو معصية، سواء كانت هذه المعصية جريمة معاقبا عليها بعقوبة جنائية، أو كانت مجرد معصية دينية وأخلاقية يكفى فيها التوبة المستفادة من أداء الواجبات الدينية التى نَعُدّها كفارات .

إن الطابع التعبدى لهذه التدابير لا يناسبه وصفها بأنها عقوبات جنائية، فالصوم وإطعام المساكين أو غير ذلك كالصدقات ... أو ذبح النعم (لإطعام المساكين أو غير المساكين من أهل الحرم) لا يليق بنا أن نصفها بأنها عقوبات جنائية، لأن ذلك يفسد هدفها الدينى والتعبدى وينزل بها إلى مستوى العقوبات مثل الجلد أو السجن ... إلخ، ولذلك لا نوافق على إدخالها ضمن دراسة التشريع الجنائى بحجة أنها "تعازير" ...

﴿عوده﴾ ١٠١ـ *المعاصي التي لا حد فيها ولا كفارة* : بينا فيما سبق أن المعاصي التي لا حـــد فيها ولا كفارة تنقسم إلى ثلاثة أنواع : نوع شرع في جنسه الحد ولكن لا حد فيـــه، ونوع شرع في جنسه الحد ولكن امتنع الحد فيه، ونوع لم يشرع فيه ولا في جنسه الحــد. فأما النوع الأول والثاني فقد سبق أن بينا النصوص التي وردت بالتحريم فيهما، -٤٨- وذلـــك عـــندما تكلمـــنا على النصوص التي جاءت في جرائم الحدود وجرائم القصـــاص والدية. وأما النوع الثالث فيدخل تحته أكثر المعاصي، ولو كان ما يدخل تحته محدودا لاستعرضنا النصوص التي وردت فيه كلها كما فعلنا في غيره من الأنواع، ولكن الواقع أن المعاصي التي تدخل تحت هذا النوع غير محدودة، ومن ثم فلن نستعرضها جميعا، وسنكتفي بعرض النصوص التي تحرم أهم المعاصي تدليلا على أن الشريعة الإسلامية تطبق قاعدة أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص في هذا النوع من المعاصي ...

١ـ *تحـريم بعض المطاعم* : يقول الله ﷻ: ﴿إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به لغير الله فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه﴾ [البقرة:١٧٣]. ويقول: ﴿حـــرمت عـــليكم الميـــتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمـــتردية والنطيحة وما أكل السبع إلا ما ذكيتم وما ذبح على النصب وأن تستقسموا بالأزلام ذلكم فسق﴾[المائدة:٣]. ويقول: ﴿أحلت لكم بهيمة الأنعام إلا ما يتلى عليكم﴾ [المـــائدة:١]. ويقـــول: ﴿ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث﴾ [الأعراف:١٥٧]. ويقـــول رســـول الله ﷺ : "الكلب خبيث خبيث ثمنه". ويروي جابر عن رسول الله ﷺ فيقول: ذبحنا يوم حنين الخيل والبغال والحمير، فنهانا-٤٩-رسول الله عن البغال والحمير،

[الصدر] تعليق "رقم-٤٨-": وقد ذكرنا رأي الفقه الجعفري في ذلك ...

[الصدر] تعليق "رقم-٤٩-": الرأي السائد عند فقهاء المذهب الجعفري أن المستفاد من النهي عن البغال والحمير هو الكراهة؛ لأن ذلك لازم العمل بمحتوى ما دل على النهي مع محتوى ما دل على الجواز كخبر محمد بن مسلم قال : سألت أبا جعفر محمد بن علي الباقر (ع) عن لحوم الخيل والبغال والحمير فقال حلال. انتهى. فإن الحكم بالحلية بالرواية الثانية قرينة على أن المراد من النهي في الرواية الأولى الكراهة لا الحرمة ...

[الشاوي] رأينا في "تعليق-٤٩-": اعترض على قول فقيهنا بتحريم لحم الخيل والحمير؛ لأن الشيعة تستند إلى وجود أثر يدل على جواز أكلها؛ ولذلك يَعُدون أن المقصود من النهي في الحديث المشار إليه الكراهة لا التحريم ... ونحن نؤيد هذا الاتجاه؛ لأن كثيرا من الشعوب تأكلها ...

<عوده> ولم ينهنا عن الخيل. وروي عن ابن عباس أن النبي نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع، وأكل كل ذي مخلب من الطير. وروت عائشة عن النبي ﷺ أنه قال: "خمس يقتلن في الحل والحرم : الحية والفأرة والغراب الأبقع، والحدأة والكلب العقور" ...

٢ *خيانة الأمانة* : يقول الله ﷻ :﴿إنَّا عرضنا الأمانة على السموات والأرض والجبال فأبين أن يحملنها وأشفقن منها وحملها الإنسان إنه كان ظلوما جهولا﴾ [الأحزاب:٧٢]. ويقول:﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل﴾ [النساء:٥٨]. ويقول: ﴿يأيها الذين آمنوا لا تخونوا الله والرسول وتخونوا أماناتكم﴾ [الأنفال:٢٧]. ويقول: ﴿وآتوا اليتامى أموالهم ولا تتبدلوا الخبيث بالطيب ولا تأكلوا أموالهم إلى أموالكم إنه كان حوبا كبيرا﴾ [النساء:٢]. ويقول: ﴿فادفعوا إليهم أموالهم ولا تأكلوها إسرافا وبدارا أن يكبروا﴾ [النساء:٦]. ويقول: ﴿ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن﴾ [الإسراء:٣٤]. ويقول: ﴿إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما إنما يأكلون في بطونهم نارا وسيصلون سعيرا﴾ [النساء:١٠]. ويقول: ﴿يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾ [النساء:٢٩]. وقال الرسول ﷺ:"أربع من كن فيه كان منافقا خالصا، ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها، إذا اؤتمن خان، وإذا حدث كذب، وإذا عاهد غدر، وإذا خاصم فجر". وقال: "لا إيمان لمن لا أمانة له" ...

٣ـ *غش المكاييل والموازين وغيرها* : يقول الله ﷻ :﴿ويل للمطففين * الذين إذا اكتالوا على الناس يستوفون * وإذا كالوهم أو وزنوهم يخسرون﴾ [المطففين١– ٣]. ويقول: ﴿أوفوا الكيل ولا تكونوا من المخسرين * وزنوا بالقسطاس المستقيم * ولا تبخسوا الناس أشياءهم ولا تعثوا في الأرض مفسدين﴾ [الشعراء: ١٨١– ١٨٣]...

٤ـ *شهادة الزور* : يقول الله ﷻ :﴿ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا﴾ [البقرة: ٢٨٢]. ويقول ﷻ :﴿ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه﴾ [البقرة:٢٨٣]. ويقول: ﴿يأيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين﴾ [النساء:١٣٥]. ويقول: ﴿والذين لا يشهدون الزور﴾ [الفرقان:٧٢]. وقال: ﴿فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور﴾ [الحج:٣٠]. ويروى عن أبي بكرة عن رسول الله ﷺ أنه قال: "ألا أنبئكم بأكبر الكبائر ؟". وكررها ثلاثا. قلنا : بلى يا رسول الله. قال: "الإشراك بالله وعقوق الوالدين". وكان متكئا فجلس فقال : "ألا وقول الزور، وشهادة الزور". فمازال يكررها حتى قلنا ليته سكت ...

〈عوده〉 ٥ـ *أكل الربا* : يقول الله ﷻ: ﴿الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا﴾[البقرة:٢٧٥]. ويقول: ﴿يمحق الله الربا ويربي الصدقات﴾ [البقرة:٢٧٦]. ويقول: ﴿يأيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين * فإن لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله وإن تبتم فلكم رءوس أموالكم لا تَظلمون ولا تُظلمون﴾ [البقرة :٢٧٨، ٢٧٩]. ويقول : ﴿يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافا مضاعفة﴾ [آل عمران:١٣٠]. ويقول: ﴿وما آتيتم من ربا ليربو في أموال الناس فلا يربو عند الله﴾ [الروم:٣٩]. وقال الرسول ﷺ :"اجتنبوا السبع الموبقات". قالوا يا رسول الله وما هن؟ قال: "الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتولي يوم الزحف، وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات".

٦ـ *السب* : يقول الله ﷻ :﴿لا يحب الله الجهر بالسوء من القول إلا من ظُلم﴾ [النساء:١٤٨]. ويقول: ﴿ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدوا بغير علم﴾ [الأنعام:١٠٨]. ويقول: ﴿ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين﴾ [البقرة:١٩٠]. ويقول: ﴿يأيها الذين آمنوا لا يسخر قوم من قوم عسى أن يكونوا خيرا منهم ولا نساء من نساء عسى أن يكن خيرا منهن ولا تلمزوا أنفسكم ولا تنابزوا بالألقاب بئس الاسم الفسوق بعد الإيمان﴾ [الحجرات:١١]. وقال الرسول ﷺ : "المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يخذله ولا يحقره". وقال: "بحسب امرئ من الشر أن يحقر أخاه المسلم، كل المسلم على المسلم حرام : دمه وعرضه وماله". وقال: "إن من أربى الربا الاستطالة في عرض المسلم بغير حق". وقال: "سباب المسلم فسوق وقتاله كفر" ...

٧ـ *الرشوة* : يقول الله ﷻ: ﴿سمّاعون للكذب أكالون للسحت﴾ [المائدة:٤٢]. ويقول: ﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقا من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون﴾ [البقرة:١٨٨]. وقال رسول الله ﷺ: "لعن الله الراشي والمرتشي والرائش الذي يمشي بينهما". وقال: "لعن الله الراشي والمرتشي في الحكم". "هدايا الأمراء غلول، وهدايا الأمراء سحت". ويروي أبو حميد الساعدي أن رسول الله ﷺ بعث ابن اللتبية على الصدقة، فلما جاء قال: هذا لكم وهذا أهدى لي. فقال الرسول ﷺ: "ما بال أقوام نستعملهم على ما ولانا الله فيقول: هذا لكم وهذا أهدى لي، فهلا جلس في بيت أبيه فنظر أيهدى له أم لا؟" ...

عوده ٨ ألعاب القمار والميسر: يقول الله ﷻ :﴿إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه﴾ [المائدة:٩٠] ...

٩ـ دخول المساكن بغير حق : يقول الله ﷻ : ﴿يأيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلّموا على أهلها ذلكم خير لكم لعلكم تذكرون * فإن لم تجدوا فيها أحدا فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم﴾ [النور:٢٧، ٢٨]. ويقول: ﴿ليس عليكم جناح أن تدخلوا بيوتا غير مسكونة فيها متاع لكم﴾ [النور:٢٩] ...

١٠ـ التجسس : يقول الله ﷻ : ﴿ولا تجسسوا﴾ [الحجرات:١٢] ...

هذه هي عشر جرائم من أهم جرائم التعزير، استعرضناها والنصوص التي وردت فيها-٥٠-. وظاهر بجلاء أن النصوص عينت الجرائم التي حرمتها بما لا سبيل إلى الشك فيه، ويستطيع من له إلمام بالشريعة أن يجد لكل ما حرمته الشريعة نصا يعين الجريمة ويحددها، وفي هذا وفيما استعرضناه من نصوص وردت في المعاصي التي يعاقب عليها بحد أو كفارة ...

وفي هذا كله الدليل القاطع على أن الشريعة تطبق قاعدة أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص-٥١- على كل الأفعال التي حرمتها ...

الصدر تعليق "رقم-٥٠-": كما وردت أخبار من طرق علماء الشيعة لا مجال لذكرها ...

الصدر تعليق "رقم-٥١-": بالمعنى الآنف الذكر ...

101 – إذا كانت المعاصي غير محدودة، فإن الجرائم المعاقب عليها جنائيا يجب أن تكون محدودة ومقننة :

إن التوســـع فى عــرض النصوص التى تحرم المعاصى لا يجوز أن يُفهم منه أن كل المعاصي يجب فيها العقاب الجنائى (بالتعزير). ذلك، أن الشريعة ليست مجرد قانون – وليســت قانونا للعقوبات بالذات – وإنما هى ديانة وعقيدة وقيم أخلاقية قبل كل شــيء، وهــذا يجعلها تهتم بالعبادات والتربية والأخلاق التى تشغل جانبا كبيرا من شــريعتنا – ويجعل تحريم المعاصى والأمر باجتنابها مبدأ دينيًّا وهدفا تربويًّا وأخلاقيًّا، ولا يصح لنا أن نعامله على أنه تشريع جنائى دائما .

صــحيح أن مــن المفروض أن كل جريمة يكون فيها عنصر المعصية، ولكن لا يجوز القــول بأنــه كل معصية دينية يجب أن تكون جريمة تستحق عقوبة جنائية؛ لأن هذا التوســع فى الجــانب الجنائى يشوه شريعتنا ويصورها على أنها مجرد قانون للعقوبات ويتجاهل الأهداف التربوية والدينية التى هى العنصر الأول فى شريعتنا الإلهية .

إن شريعتنا تركت للأمة أن تحدد بواسطة مجتهديها وممثليها بالشورى الحرة، عددا محــدودا مــن المعاصى لكى توقع عليها عقوبة جنائية، وبذلك أرادت أن تترك هذا التحديد لمقتضيات التطوير وظروف الزمان والمكان، وتضع على عاتق "أولياء الأمر" فى الفقــه والتشــريع أن يبادروا إلى تقنين التعازير .... حتى لا يدعى أحد أن كل ما يَعُدّه هو من المعاصى يستحق العقاب الجنائى ....

فى نظــرنا: لا يكفى الإشارة إلى النصوص التى تحرم المعاصى، بل إن واجب الفقه أن يفــرق بين ما يَعُدّه منها جريمة يعاقب عليها جنائيا، وبين ما يبقى معصية دينية أو خطيئة أخلاقية تكفى فيها بعض العبادات (ومنها الكفارات) .

وهذا هو ما تركه فقيهنا الشهيد لمن يأتون بعده، ويتولون مهمة "التقنين". وسنرى كيف فعل ذلك من أعدوا مشروعات تقنينات شرعية .. فى بعض أقطارنا.

يؤيد ذلك أن فقهاءنا غالبا ما يقولون عن فعل ما إنه يجوز فيه التعزير. فالتعزير – أى التجريم – هو جوازى للقاضى، ومن باب أولى لمن يضعون التقنين .

ونحن نقول لكل من يتصدى لهذه المهمة الشرعية أن يذكر أن المعاصى إذا كانت غــير محدودة كما ذكر الشهيد، فإن الجرائم الجنائية لابد أن تكون محدودة إذا كنا جادين فى تطبيق مبدإ أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص فى مجال التعازير .

وكل ما قاله من أمثلة للمعاصى التى حرمها القرآن هو جهد مشكور، لكن هدفه مجرد تسهيل مهمة التقنين التى يجب أن تهدف إلى حصر ما يعاقب عليه منها جنائيا – دون غيره.

{ب/٧٩}

❁ الجزاءات التعبدية والتربوية ليست مقصورة علي الجرائم الجنائية، ووصفها بأنها تعازير لا يعني أنها عقوبات جنائية :

والضمانة التى فرضتها الشريعة هى أن يتولى ذلك الحصر والتقنين من تثق فيهم الأمة، وهـــم أولو الأمر الذين يمثلونها من أهل الاجتهاد أو العلماء الذين يتولون مهمة الاجتهاد الجماعى الذين تختارهم لذلك فى عصرنا أو العصور القادمة .

إنـــنى أعتقد أننا يجب أن نفخر بأن شريعتنا علم وفقه وفكر فى الجانب البشرى منها (الاجـــتهاد والإجماع)، وليست أحكاما سلطانية تفرضها الدولة أو من يتولون " الأمر " باسمها سواء كان ذلك بالحق أو بالباطل .

ولذلك، نجد أنه قبل عرضه للمعاصى (التى تستحق التعزير) يؤكد "أن المعاصى التى تدخـــل تحـــت هذا النوع غير محدودة" ... ثم يذكر أنه سيقتصر على عرض "أهمها"، تدليـــلا عـــلى أن الشريعة تطبق قاعدة ألا جريمة ولا عقوبة بغير نص فى هذا النوع من المعاصى (ص ب/67) .

معـــنى ذلـــك أن الشـــريعة أوردت أفعالا (غير محدودة) عَدَّها معاصى، وهذا يكفى لإعطـــاء الشرعية لما يختاره المجتهدون منها لكى تستحق عقوبات جنائية (لا بد أن تكون محدودة ومعروفة للمكلَّف مقدما) .

وقد ذكر عشرة أمثلة منها، بعضها تعُدُّه القوانين الوضعية جرائم جنائية (خيانة الأمانة – غـــش المكاييل – شهادة الزور – السب – الرشوة – ...)، والبعض الآخر لا يكون جـــريمة إلا فى حـــالات معينة وبشروط محدودة (مثل ألعاب القمار والميسر – ودخول المساكن بغير حق – والتجسس ...)، وبعضها لا تَعُدُّه النصوص الوضعية جرائم جنائية (مثل تحريم بعض المطاعم ...) .

فإذا جاءت بعض التقنينات الشرعية ونصت فقط على عقوبات جنائية للمعاصى التى تعـــاقب عليها القوانين الوضعية الآن، وتركت ما عداها، فليس معنى ذلك إباحتها وإنما يُعَدّ الجزاء عليها تعبديا ... وليس جنائيا .

وكـــلما تغـــيرت ظروف الزمان والمكان أمكن للمجتهدين إدخال معاص أخرى فى دائـــرة العقاب الجنائى، وهذه هى مرونة الأحكام الاجتهادية فى شريعتنا، والتى تؤكد ما قلـــنا من أن التعازير أوسع نطاقا من التشريع الجنائى، وتشمل تدابير هى عبادات وتربية يقصد بها الترغيب فى التوبة والتشجيع عليها وليست عقوبات جنائية.

〈عوده〉 ١٠٢ـ *ظنون لا أساس لها من الحق*: ولقد ظن البعض خطأ أن الشريعة الإسلامية لم تعين جرائم التعزير، وأنها تركت للقاضي تلك المهمة، ورتبوا على هذا الظن الخاطئ أن سلطة القاضي في التعزير سلطة تحكمية، وأن جرائم التعازير وعقوباتها غير منصوص عليها، وأنها متروكة لتقدير القاضي، فإن رأى أن يعاقب على الفعل عاقب ولو أنه لم يجرَّم من قبل أو لم يسبق العقاب عليه. ومنطق هؤلاء باطل لأنه يقوم على ظنون لا أساس لها من الحق أو الواقع ...

ولقد وقع هؤلاء في ظنهم الخاطئ نتيجة لسوء الفهم وقلة الاطلاع. فكتب الشريعة مركزة العبارة، تصاغ عباراتها عادة في دقة بالغة حتى لتبلغ في تركيزها أكثر مما تبلغه نصوص القوانين الوضعية من التركيز والدقة. وللفقهاء فوق ذلك كله تعبيرات واصطلاحات خاصة ينبغي أن يلم بها المرء قبل دراسة الشريعة، كما ينبغي أن يلم دارس القانون قبل دراسته بالاصطلاحات القانونية. فمن جهل الاصطلاحات الشرعية ولم يدقق في الاطلاع على نصوص الشريعة، فلاشك فى أنه لن يصل إلى فهم كتب الشريعة فهما صحيحا. وهذا هو الذي حدث فعلا للقائلين: بأن الشريعة لم تحدد جرائم التعزير وعقوباتها، فإنهم لم يفهموا ما كتبه الفقهاء في هذه المسألة على وجهه الصحيح، ولو فهموه على وجهه لعلموا أن الشريعة حددت الأفعال المعدودة معاصي وعينتها، وأن الشريعة توجب على القاضي قبل كل شيء أن يبحث عما إذا كان الفعل المنسوب للجاني معصية بحسب نصوص الشريعة أم لا، فإن وجده معصية بحث إن كانت التهمة ثابتة قبل الجاني أم لا، فإن كانت ثابتة عاقبه بإحدى العقوبات التي وضعتها الشريعة للتعزير، بشرط أن تكون عقوبة ملائمة في نوعها وكمها للجريمة وللمجرم. أما إذا وجد القاضي أن الفعل ليس معصية، فلا جريمة ولا عقوبة. وليس للقاضي ولا لأحد كائنا من كان أن يَعُدّ فعلا ما معصية، ما لم تَعُدّه الشريعة كذلك، وليس للقاضي ولا لأحد كائنا من كان أن يعاقب على معصية بعقوبة لم تقررها الشريعة وإلا كان محرِّما ما أحله الله، مبيحا ما حرمه، وقائلا على الله بغير علم ...

١٠٣ـ *نماذج مما كتبه الفقهاء في التعزير*: ونستطيع أن نتبين صحة ما قلناه من عرض بعض ما كتبه الفقهاء عن التعزير. فهذا فقيه حنفي يقول: "التعزير يكون في كل معصية، إلخ"، وليس فيه شيء مقدر، وإنما هو مفوض إلى رأي الإمام على ما تقتضي جنايات الناس وأحوالهم.(١) وهذا فقيه شافعي يقول: "من أتى معصية لا حد فيها ولا كفارة عزر على

---

(١) الزيلعي ج/٣ ص/٢٠٨ ...

﴿عوده﴾ حسب ما يراه السلطان".[١] وهذا فقيه مالكي يقول بعد أن يعدد جرائم القصـــاص والديات وجرائم الحدود: "وماعداها فيوجب التعزير، وهو موكول لاجتهاد الإمـــام، وعزر الإمام لمعصية الله أو لحق آدمي".[٢] وهذا فقيه حنبلي يقول : "التعزير هو الـــتأديب، وهو واجب في كل معصية لا حد فيها ولا كفارة، وأقله غير مقدر فيرجع فيه إلى اجتهاد الإمام والحاكم فيما يراه وما يقتضيه حال الشخص".[٣] -٥٢- ...

فهذه الكلمات القليلة عن التعزير لا يمكن فهمها على حقيقتها إلا إذا فهم معنى المعصية ومعنى الحد، ومعنى الكفارة، ومعنى العقوبة المقدرة، والعقوبة غير المقدرة ...

ولقد بينا معنى المعصية والكفارة فيما سبق، فلنبين الآن معنى الحد ...

والحد : هو العقوبة المقدرة شرعا. ومعنى أنها مقدرة شرعا أن الشارع عين نوعها، وبين مقدارها بنفسه، ولم يترك للقاضي حق تعيينها أو تقديرها، ولم يجعل له أن ينقص منها أو يزيد فيها، أو يستبدل بها غيرها، أو يوقف تنفيذها، فهي عقوبة لازمة. وهي عقوبة تصبح بتعيينها وتقديرها ذات حد واحد، ولو كانت طبيعتها تسمح بأن تكون ذات حدين. فعقوبة الزاني غير المحصن عقوبة مقدرة وهي الجلد مائة جلدة لا تنقص واحدة، ولا تزيد واحدة، وقد أصبحت بهذا التعيين والتحديد عقوبة ذات حد واحد، ولـــو أن طبيعتها تسمح بأن تكون ذات حدين. وعقوبة القذف ثمانون جلدة لا تزيد واحدة ولا تنقص واحدة فهي عقوبة مقدرة، وعقوبة القصاص مقدرة بطبيعتها؛ لأنها لا تـــزيد ولا تنقص شيئا عما فعله الجاني، وعقوبة الدية مقدرة لأنها ذات حد واحد بتعيينها وتحديد مقدارها، بحيث لا يستطيع القاضي أن يزيد فيها أو ينقص منها ...

أما العقوبة غير المقدرة فهي كل عقوبة ترك للقاضي اختيار نوعها من بين عقوبات متعددة، وترك له أن يقدر كمها، إذا لم تكن بطبيعتها ذات حد واحد بحيث لا يرتفع عن حدها الأعلى ولا ينزل عن حدها الأدنى ...

[الصدر] تعـــليق "رقـــم-٥٢-": فيختار العقاب الذي يراه رادعاله عن المعصية ومانعا لسواه عن ارتكابها ...

---

(١) المهذب ج/٢ ص/٣٠٦ ...

(٢) مواهب الجليل ج/٦ ص/٣١٩ ...

(٣) الإقناع ج/٤ ص/٢٦٨ ...

<عوده> فـإذا فهمـــنا معنى هذه الاصطلاحات سهل علينا أن نفهم ما يقوله الفقهاء عن التعزير، فإذا قالوا : إن التعزير يكون في كل معصية، فمعنى ذلك أن التعزير يكون في كل فعل نصت الشريعة على تحريمه. وإذا قالوا : إن التعزير ليس فيـــه شـــيء مقـــدر، فمعنى ذلك أن جرائم التعازير لم توضع لكل منها عقوبة معينة مقـــدرة، لامحيص من توقيعها على الجاني كما هو الحال في جرائم الحدود أو جرائم القصـــاص والدية، وإنما وضعت لها عدة عقوبات ليس القاضي ملزما بتطبيق إحداها دون الأخرى، وإنما له أن يختار منها واحدة أو أكثر، فإذا اختار إحداها وكانت ذات حديـــن بطبيعتها فله أن ينزل بالعقوبة إلى الحد الأدنى، أو يرتفع بها إلى الحد الأعلى.
وعلى هذا إذا كانت عقوبة الجريمة التعزيرية معينة بالنص على عقوبات التعزير، فإن عقوبـــة الجريمة التعزيرية ليست مقدرة لعدم النص على حد معين لازم من العقاب.
وإذا قال الفقهاء إن التعزير مفوض لرأي الإمام أو الحاكم أو اجتهادهما، فمعنى ذلك أن القاضي، وهو القائم مقام الإمام أو السلطان أو الحاكم، ترك له حق اختيار عقوبة التعزير وتقديرها طبقا لما يراه من ظروف الجريمة وظروف المجرم، وطبقا لما يؤديه إليه اجتهاده ورأيه الشخصي في تقدير هذه الظروف ...

۞ 102، 103 لا مجال لترك تعيين التعازير للقضاء ولا للحكام المقلدين فى عصرنا :

كــل مــا قالــه فقيهنا للدفاع عما جرى عليه أسلافنا من ترك مهمة تحديد الجرائم والعقوبــات للقاضى لا يعفينا من واجب تقنين التعازير، لأن قضاتنا وحكامنا لم يعودوا مجتهدين، وقد فوض لهم الفقه فى الماضى هذه المهمة لأنهم كانوا فقهاء ويشترطون فيهم أن يكونوا مجتهدين.

وما دمنا قد وصلنا الآن إلى أن يكون قضاتنا وحكامنا مجرد مقلدين، فلا بد أن يقوم الاجتهاد الجماعى، أو أهل الذكر بمهمة التقنين .

لقد أشار الشهيد عودة إلى أن الشريعة تركت "لأولى الأمر" النص على بعض التعازير بحسب ما تقتضيه حال الجماعة والدفاع عن مصالحها ونظامها العام .. بشرط ألا يكون مخالفــا لنصوص الشريعة ومبادئها العامة .. ومن الضرورى أن نوضح أنه يقال عادة إن "أولى الأمــر" الذين تركت لهم الشريعة حق تقنين التعازير هم العلماء والفقهاء، ويقصد بذلك أنهم أهل الاجتهاد– ومنهم القضاة (لأن الفقه كان يشترط فيهم أن يكونوا من المجتهدين) – والمهم عندنا أن يعلم الجميع أنه لا يجوز أن يفهم من ذلك أنهم سلطات الدولــة أو الســلاطين أو الحكام، وخصوصا أولئك الذين يفرضون ولايتهم بالقوة والغــلب ويدعمــون ســلطتهم بالقوانين الوضعية التى يفرضون بها ولايتهم، ويصفون أحكامها الجائرة بأنها "شرعية وضعية"[1]؛ فهؤلاء ليسوا "أولى الأمر" فى نظر الفقه ...

وفى هذا الصدد عرضنا فى كتابنا "فقه الشورى والاستشارة" ثلاث نقاط نرى من الضرورى أن نؤكد عليها هنا لإتمام – موضوع التقنين – وهى كما يلى:

1 – أن الاجتهاد فى العصر الحاضر والمستقبل أصبح جماعيا، فلا يستقل به أشخاص أو أفراد معينون، وذلك للأسباب التى أوردها الفقهاء تبريرا لقاعدة قفل باب الاجتهاد – والمقصود بالتعطيل فى نظرنا هو الاجتهاد الفردى وحده لا الجماعى.

يراجع قولنا : "إذا كان هناك من يتردد فى القول بوجود اجتهاد فردى نتيجة الخمول والتخــلف السياسى الذى سيطر على عالمنا، وأثر فى ثقافتنا ومجتمعنا قرونا طويلة، وأدى إلى توقــف علمائــنا عن ممارسة الاجتهاد المطلق الفردى وعدم نزاهة من يسمون فقهاء الســلاطين الذيــن يخضعون لأهواء الحكام المستبدين، فإن باب الاجتهاد الجماعى بقى مفتوحا ولم يقفل قط فى نظرنا،ولابد من التوسع فيه فى المستقبل وتنظيمه عن طريق إنشاء مجالس ومجامع متخصصة لذلك، أو عن طريق الشورى المرسلة بمناقشة كل فقيه آراء غيره فى كتبه ودروسه أو مناظرات علمية.

---

(1) يراجع بند (51) وبند (59) .

❁ قفل باب الاجتهاد الفردى فقط، أما الجماعي فإنه مفتوح دائما :

إن كثيرين من علماء الشريعة المعاصرين يرون أن تنظيم الاجتهاد الجماعى أصبح ضـــروريا، ويقـــترحون أن تعقد مجالس أو مجامع فقهية تضم عددا كبيرا من العلماء والخبراء – أهل الذكر – يتشاورون ويتبادلون الرأى، ويكون رأيهم اجتهادا يكمل مـــا قدمه المجتهدون من قبل، ويوالون بذلك تزويد الفقه الإسلامى بما يحتاج إليه من أحكـــام مستحدثة تستجيب لمطالب الشعوب الإسلامية فى هذا العصر وما يليه من عصور،ويصفون ما يصدر عن هذا المجلس بأنه اجتهاد جماعى أو شورى."[1] .

2 – أن الاجـــتهاد حتى ولو كان فرديا لا يستقل به الأئمة من الفقهاء – وإنما يساهم فيه طوائف كثيرة من "أهل الذكر" أى أهل الاختصاص والخبراء فى الطب والسياســـة والحـــرب والزراعة والتجارة ... وما إليها من المهن التى تتأثر بالأحكام الفرعية – بل وكذلك جماهير العامة الذين لهم حق مناقشة المفتين والعلماء والأئمة وإبـــداء ما يرونه من ملاحظات على مدى تجردهم من الأهواء الشخصية أو التأثر بإغراءات السلاطين وضغوطهم ...

وقد أشرنا إلى دور الأفراد العاديين فى الاجتهاد فى كتابنا فقه الشورى والاستشارة،[2] لأن الفـــرد هـــو صـــاحب الحق الأول والواجب الأول فى أن يجتهد لنفسه فى حدود اســـتطاعته ويســـتنبط الأحكام من مصادرها الشرعية – وقد قرر ذلك أستاذنا الشيخ محمود شلتوت فى كتابه[3] .

3 أن الاجـــتهاد الجماعى أو الفردى هو تشاور أو مشورة ينتج عنها فتوى أو نصيحة أو استشارة لا تلزم إلا من يقتنع بها ويثق بحجيتها ويقتنع بأدلتها ...

---

(1) يـــراجع ما كتبه الشيخ محمد الطاهر بن عاشور فى كتابه "مقاصد الشريعة" طبعة 1978م، ص 141 حيث قال : "وإن أقل ما يجب على العلماء فى هذا العصر أن يبتدئوا به من هذا الغرض العلمى، هو أن يسعوا إلى جمع مجمع علمى يحضره أكبر العلماء بالعلوم الشرعية فى كل قطر إسلامى على اختلاف مذاهب المسلمين فى الأقطار، ويبسطوا بينهم حاجات الأمة ويصدروا فيها عن وفاق فيما يتعين عمل الأمة عليه، ويعلموا به أقطار الإسلام" .

(2) فقـــه الشـــورى البند 41 ص 247–الفقرة (3) وص 248 الفقرة الأولى فقط و ص 249 وص 250 يليها البند 38 ص 224 الفقرة الأخيرة وص 225 الفقرات الأربع الأولى، ثم ص 248 ابتداء من الفقرة (2).

(3) يراجع كتاب الشيخ محمود شلتوت بعنوان "العقيدة والشريعة" : (فى البند 39 – ص 236 الفقرة 2 تحت عنوان "الاجتهاد الشخصى" إلى نهاية الصفحة).

أما الشورى فهى قرارات تصدرها الجماعة أو الأمة لتكون ملزمة للجميع بمقتضى مبدإ الإجماع (سواء كان إجماعا مطلقا شاملا أو إجماع الجمهور أى الأغلبية) بحسبان أن الانتماء للجماعة معناه أن قرار الشورى الملزمة يكفى فيه إجماع الجمهور أى الأغلبية، وعلى الأقلية أن تلتزم دائما بقرار الأغلبية الصادر نتيجة شورى حرة شاركوا فيها وعرضوا وجهة نظرهم أو لم يكن هناك مانع يحول دون ذلك .

4 – أن الشورى هى المصدر المباشر لأحكام الشريعة طبقا لآية الشورى التى وصفت جماعة المسلمين بأن أمرهم "شورى" – وأن ذلك هو ما حدث فعلا قبل الهجرة عندما كان المسلمون فى مكة ولم ترد فى تلك الفترة نصوص قرآنية تتضمن أحكاما قانونية فى هذه المرحلة رغم طولها ... ولذلك فإنه يستفاد من هذه الآية أن المصدر الشرعى للأحكام القانونية التى طبقها المسلمون فى مكة قبل الهجرة كان الشورى فيما لم يوجد بشأنه أمر إلهى أو سنة نبوية .

أما بعد الهجرة فى حياة رسولنا الكريم ثم فى عهد الخلفاء الراشدين، فقد استمر التشاور فى نطاق الفقه، سواء للوصول إلى ما قرره القرآن أو السنة من أحكام علم بها البعض ولم يعلم بها الآخرون، أو لاستنباط الأحكام الاجتهادية فيما لا يوجد فيه نص فى الكتاب أو السنة .

وقد استمر الوضع على هذا المنوال بعد ذلك – لكن التشاور كان مرسلا طوال عصور تاريخنا ولم يكن فى مجالس نظامية ...

وقد بينا ذلك بوضوح فى كتابنا فقه الشورى ....[1]

* * *

إننا نصر على نقد كل ما يُفهم منه أن تقنين التعازير موكول إلى "ولى الأمر – أو السلطان – أو الإمام – أو الحاكم"، لأنه من المؤكد أن قصد فقهائنا أن الذى يتولى هذا "الأمر" هو من اشترطوا فيه أن يتوافر فيه الأهلية للاجتهاد من هؤلاء، لأنهم كانوا يشترطون ذلك لصحة ولاية القضاء أو الإمامة أى الخلافة. وبناء على ذلك، فرأينا هو أن من لا يتوافر لديه شرط الاجتهاد لايجوز أن يتدخل فى التشريع ولا أن يتولى تقنين التعازير أو يشارك فيه ... ولا يجوز وصفه بأنه يُعَدُّ ولى الأمر فى الفقه والتشريع .

---

(1) يراجع كتابنا "فقه الشورى" فى البند 39 ص 240 الفقرة (2) وص 241 وص 246 الفقرة (3) وما بعدها.

❁ أقوال الفقهاء عن ولى الأمر أو الحاكم أو القاضى لاتطبق فى هذا العصر :

ونعيد هنا ما قلناه من قبل إن "الحاكم" فى كتب الفقه كان يُقصد به القاضى، فلا يشمل من نسميهم أو يسمون أنفسهم حكاما فى هذا الزمان .

كما أن قوله إن القاضى يقوم مقام الإمام أو السلطان أو الحاكم فيه تجوُّز. ويكفى أن نستشهد هنا بما قرره السنهورى فى كتاب فقه الخلافة حيث يقول :

"كانت ولاية القاضى من الوجهة النظرية نيابة عن الخليفة – ولكن الفقهاء يقررون أنه من الوجهة الشرعية فإن القاضى يتولى نيابة عن الأمة – وبناءً على تولية الخليفة له – أى أنه يحكم بناء على ولاية المسلمين عامة"[1] .

والوجهة النظرية التى أشار إليها السنهورى كانت مبنية على أن الخليفة يشترط فقهاؤنا فيــه أن يكون مجتهدا وله بذلك حق ولاية القضاء باعتباره مجتهدا ويفوضها للقاضى – أما إذا كان غير مجتهد فلا دخل له بولاية القضاء لا بالأصالة ولا بالنيابة. فالسلاطين والرؤساء والأمراء فى زماننا ليسوا هم الأئمة الذين اشترط الفقه فيهم صفة الاجتهاد .

إننا نعترف لفقهاء شريعتنا أنهم حرصوا أشد الحرص على حرمان السلاطين ورؤساء الدول وكل من يتولون السلطة التنفيذية من ادعاء حق التعزير، وأنهــم كانوا يعطون هذه السلطة للقضاة بصفتهم فقهاء مجتهدين وكانوا يصفون القضاة بأنهم الحكام.

والثابت فى جميع عصور تاريخنا أن الأمراء والخلفاء لم يدَّعوا لأنفسهم سلطة التعزير أو التشــريع، وإن كــانوا قــد ارتكبوا فى كثير من الأحيان أعمال عنف وقسوة لا تســوِّغها الشريعة ولا تقرها. فقد كانت أعمالا تنفيذية أو سلطوية عدوانية لا عملا تشريعيا لها. وحصر ولاية التعزير فى القضاة كان سببه أنهم فقهاء مجتهدون، وهذا المبدأ نتيجة حتمية للمبدإ الشرعى الذى يوجب أن يكون التعزير مبنيا على مبادئ الشريعة وروحهــا، وفى إطار مصادرها وأصولها. وقد صرح بذلك الشهيد عوده بقوله : "إن القواعــد الشرعية (فى التعزير) لا ترتبط بالحكام ولا بنظام الحكم (كما فى القوانين الوضعية) وإنما ترتبط بالدين الإسلامى وشريعته"[2] .

---

(1) يراجع كتاب "فقه الخلافة" للسنهورى – النص العربى بالطبعة الأولى (أصدرها هيئة الكتاب فى مصر عام 1989م – بند (150) ص (214) .

(2) يــراجع البــندان (46، 47) حيث قال صراحة : "إن القوانين الوضعية هى من صنع الفئة الحاكمة تراعى فيها مصلحتها دون غيرها من الفئات ...." .

❁ أولياء الأمر والقضاة الذين تطبق عليهم أقوال فقهائنا كانوا مجتهدين :

ومعـــنى ذلـــك أن فقهاءنا يعطون المجتهدين الحق فى تحديد أفعال التعازير وجزاءاتها ليكـــون اســـتنباطهم لها على أسس شرعية، ويعطونه للقضاة كذلك بحسبانهم مجتهدين عـــندما كانوا كذلك، لا بحسبانهم تابعين للحكومة أو السلطة التنفيذية ولا ممثلين للدولة ولـــو وصفت بأنها خلافة. ويُعَدُّ المجتهدون أو أهل الاجتهاد الجماعى فى زماننا هم أولى الأمر فى مجال التقنين الذى أصبح واجبا عليهم فى هذا العصر وما بعده.

وسبب الوجوب الآن هو ما يلى :

أولا : أن المســـتبدين من الرؤساء والحكام فى كثير من دولنا قد تصدوا فعلا لإصدار قوانين وضعية بتحديد الجرائم والعقوبات دون تقيد بمصادر الشريعة – بل يرفضون تطبيق الشريعة، ولا يلتزمون بأن تستمد القوانين من مبادئ الشريعة أو أن تتقيد بأصولها ومصادرها .

ومـــا دام الناس قد تعودوا أن يروا قوانين مكتوبة ومنشورة فى المسائل الجنائية، فلابـــد مـــن أن نقـــدم لهم تقنينات شرعية لتحل محل القوانين الوضعية التى لم تكن مستمدة من الشريعة أو مصادرها الإلهية والفقهية .

فى نظرنا أنه لا يمكن للسلاطين وأمثالهم من الرؤساء أو الزعماء أو رجال السياسة أن يتأكدوا من وجود هذا الارتباط بين النص وبين المصادر الإلهية للشريعة، والذى يقـــدر على ذلك هم رجال العلم والفقه وأهل الاجتهاد. فلابد أن يكون التقنين من اختصـــاص أهـــل الاجتهاد والفقهاء، يساعدهم فى ذلك أهل الذكر من الخبراء – ويكون ذلك تحت إشراف جماهير العامة التى تختارهم لذلك وتفوضهم فيه .

ثانيـــا : كلمة الحاكم وكلمة الإمام[1] فى كتب التراث قد تغير مدلولهما فى اللغة المعاصـــرة. فالحـــاكم فى العصور السابقة كان يُقصد به القاضى المجتهد، والإمام كـــان يُقصد به غالبا أئمة الفقه المجتهدون فى المذاهب المختلفة أو الخـــليفة الذى كان يشترط فيه أن يكون مجتهدا .

أما فى لغتنا المعاصرة فإن كثيرين يطلقون اللفظين (الحاكم والإمام) على رؤساء الـــدول والسلاطين غير المجتهدين، وقد ساهم فقهاء السلاطين فى ترويج ذلك فى كتاباتهم.

---

(1) تراجع النماذج التى أوردها الشهيد فى البند (103) .

۞ النصوص الشرعية بتحريم أفعال معينة أو العقاب عليها هي أساس النظريات التشريعية التي تستمد منها أحكام التعازير :

- يضاف لذلك سبب آخر : هو تعقد شئون الأفراد والجماعات فى العصر الحاضر وما بعده، الأمر الذى يفرض زيادة المسائل التى تحتاج إلى تجريم وعقاب - والواجب أن يتم ذلك بجهد من يؤهلهم علمهم أو خبرتهم لذلك، بشرط أن يحوزوا ثقة جماهير العامة التى لها المصلحة فى التأكد من نزاهتهم .

إضافة إلى ما قدمه فقيهنا من نصوص تشير إلى المعاصى الشرعية، فإننا نرى أن النصوص التى فرضت عقوبات مقدرة (حدًّا أو قصاصا) هى أولى النصوص التى يجب الاستفادة منها فى معرفة "المعاصى الشرعية" بحسبانها لا تقتصر على تحريم الأفعال التى تقررت لها تلك العقوبات، بل هى أساس نظرية تشريعية توجب حماية حقوق أو قيم اجتماعية معينة، يجب أن نَعُدّ كل عدوان عليها معصية شرعية أو فعلا ضارًّا يستحق التعزير .

فالعقاب على جريمة الزنا مثلا هو أساس نظرية تشريعية لعَدٍّ كل عدوان على الأسرة أو على العرض معصية ولو لم يصل إلى حد الزنا .

والعقاب على السرقة أساس نظرية تشريعية واسعة توجب عَدَّ كل عدوان على المال أو الحقوق المالية معصية ولو لم يصل إلى حد السرقة .

والعقاب على قذف المحصنات أساس نظرية تشريعية توجب عَدَّ كل عدوان على سمعة الأفراد أو كرامتهم وشرفهم معصية تستحق التعزير ...

وهكذا، فإن كل نص فقهى بالتعزير على فعل معين يجب أن يكون أساسه نظرية تشريعية تستنبط من نص شرعى بعقوبة مقررة على فعل معين .

إننا نرى أنه لم يعد يكفينا القول بأن النصوص الشرعية التى تقرر عقوبة مقدرة يقصد بها مجرد حكم فرعى بالعقاب الحدى على جريمة معينة؛ بل إن لها مقصدا أسمى وأبعد من ذلك، هو حماية حق أو حرمة أو قيمة اجتماعية أساسية بالتعزير على كل فعل يهددها أو يضر بها بالتعزير ولو لم يكن هناك نص شرعى بالعقاب الحدى على مرتكبها، وبهذا لا يكون التعزير تحكميا؛ بل يكون أساسه نظرية تشريعية تبنى على نص شرعى .

ونضيف لذلك أن التعزير لا يقصد به فقط العقوبات الجنائية، بل يتسع لتدابير وقائية وتربوية وتهذيبية، يختص القضاء وحده بفرضها .

<عوده> ١٠٤ـ *كيف فرضت الشريعة عقوبات التعزير*: بينا فيما سبق أن الشريعة نصت على جرائم التعازير وعينتها، وقدمنا الدليل على ذلك من نصوص الشريعة، ومن قواعدها العامة، ومن النصوص التي حرمت الجرائم وعينتها. وقلنا إن الشريعة كما نصت على جرائم التعزير نصت أيضا على عقوبات التعزير، والآن نقدم الدليل على هذا القول:

أولا : عقوبة الوعظ، وعقوبة التهديد، وعقوبة الجلد أو الضرب: هذه العقوبات نص عليها القرآن والسنة، فيقول الله تعالى: ﴿واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا﴾ [النساء:٣٤]. فهذا النص القرآني يفرض ثلاث عقوبات تعزيرية على المرأة التي لا تطيع زوجها، وهي الوعظ والهجر والضرب. ولما كان النشوز وعدم الطاعة معصية لا حد فيها ولا كفارة، فمعنى ذلك أن هذه العقوبات فرضت لكل معصية لا حد فيها ولا كفارة-٥٣- ...

وإذا كان الهجر في المضاجع عقوبة خاصة بالمرأة لا يملكه إلا الزوج، فإن الهجر في المضاجع ليس إلا نوعا من الهجر، وقد أمر الرسول بهجر الثلاثة الذين خلفوا، وأمر عمر بهجر صبيغ. فالهجر عقوبة عامة معناها المقاطعة وحدها توبة المهجور[1] ...

وقال رسول الله ﷺ: "رحم الله امرأ علق سوطه بحيث يراه أهله"، وقال "لا ترفع عصاك عن أهلك". وقال: "علموا أولادكم الصلاة لسبع واضربوهم على تركها لعشر". وقال: "من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين". فهذه النصوص تفرض عقوبتين : أولاهما: التهديد بالعقاب والتخويف منه، وهذا ما يستفاد من تعليق السوط بحيث يرى وعدم رفع العصا. والثانية هي الضرب بالعصا أو الجلد بالسوط. والنص الأخير-٥٤- صريح في جواز الجلد في غير الحدود، كما أنه يعين الحد الأعلى لعقوبة الجلد على رأي..

الصدر تعليق "رقم-٥٣-": إن هذه العقوبات الثلاث، وإن كان موردها لا حد فيه ولا كفارة، إلا أنه لا يمكن الحكم بها في كل مورد لا حد فيه ولا كفارة، بل يرجع في مقداره إلى الحاكم الشرعي فيختار ما يراه رادعا للشخص عن المعصية ثانيا، ومانعا لغيره عن الإتيان بها كما ألمعنا إلى ذلك قريبا. نعم إن الهجر عقوبة لجميع العصاة إذا كان فيه تأديب لهم وكان زاجرا لهم عن العود إلى العصيان ...

الصدر تعليق "رقم-٥٤-": النص الأخير إنما يمنع من وصول التعزير إلى الحدود ولا يستفاد منه جواز الجلد في غير التعزير ...

---

(١) تراجع الفقرات ٤٨١، ٤٨٧، ٤٨٨ ...

〈عوده〉 فالقرآن والسنَّة إذن يفرضان عقوبات الوعظ والهجر والتهديد والجلد، وعقوبة الجلد والضرب ذات حدين بطبيعتها. ويرى البعض أن الحديث السابق عين الحد الأعلى للعقوبة-٥٥- بينما يرى البعض أن الحد الأعلى يعينه ولي الأمر.(١) أما عقوبة الوعظ والتهديد فكلاهما عقوبة ذات حد واحد بطبيعتها، أما عقوبة الهجر فهو توبة المهجور كما قلنا من قبل ...

ثانيا : عقوبة التوبيخ: يروى عن أبي ذر أنه قال : سابت رجلا فعيرته بأمه، فقال رسول الله ﷺ: "يا أبا ذر عيرته بأمه؟ إنك امرؤ فيك جاهلية". فهذا هو الرسول يعاقب أبا ذر بتوبيخه، ومن ثم يكون التوبيخ عقوبة تعزيرية، وسنة سنها الرسول، والسنة هي المصدر الثاني للشريعة سواء كانت عملية أو قولية ...

ثالثا : الحبس والصلب: ومصدر هاتين العقوبتين هو السنة العملية أيضا فمما يروى عن الرسول أنه حبس شخصا في تهمة، وأنه صلب رجلا حيا على جبل يقال له أبو ناب(٢)...

رابعا : القتل : مصدر هذه العقوبة السنة القولية، فيروى عن الرسول ﷺ أنه قال: "من أتاكم وأمركم على رجل واحد يريد أن يشق عصاكم، ويفرق جماعتكم فاقتلوه".-٥٦- وفي رواية: "ستكون هنات وهنات، فمن أراد أن يفرق هذه الأمة وهي جمع فاضربوه بالسيف كائنا من كان ".-٥٧- (٣)، والمفروض أن عقوبة القتل مقررة للجرائم الخطيرة..

〈الشاوى〉 رأينا في "تعليق-٥٤-": نؤيد ماقرره من أنه لا يجوز أن يصل التعزير إلى مرتبة الحد في الجلد والضرب، وأن المبدأ العام هو أن التعزير يكون بأي إجراء يرى المجتهدون أنه يحقق مقصد الشريعة من تشريع التعازير دون حاجة للبحث عن نص بذلك ...

〈الصدر〉 تعليق "رقم-٥٥-": أي منع من وصول التعزير إلى مرتبة الحد ...

〈الشاوى〉 رأينا في "تعليق-٥٥-": راجع رأينا السابق رقم -٥٤- ...

〈الصدر〉 تعليق "رقم-٥٦-": مر آنفا المراد من هذا الحديث ...

〈الصدر〉 تعليق "رقم-٥٧-": في ظرف اجتماعها على حق ...

〈الشاوى〉 رأينا في "تعليقي-٥٦-، -٥٧-": يشترط أن تكون الأمة مجمعة على الحق ليعاقب من يخرج على وحدتها بالقتل ...

---

(١) راجع الفقرة : ٤٨١ ...

(٢) راجع الفقرتين : ٤٨٢، ٤٨٦ ...

(٣) راجع الفقرة : ٤٨٠ ...

(عوده) خامسا: الغرامة والتشهير والنفي: ومصدر هذه العقوبات الإجماع-٥٨- والإجماع مصدر من مصادر الشريعة كالقرآن والسنة(١) ...

وظاهر مما سبق أن العقوبات التعزيرية مصدرها القرآن والسنة والإجماع، ومن ثم فهى عقوبات شرعية مقررة بطريقة شرعية لاشك فيها(٢) ...

وفي الوقـت الـذي حـددت فيه النصوص وفعل الرسول وإجماع الأمة أنواع العقوبـات التعزيرية، انعقد الاجتماع على أن يترك للقاضي اختيار العقوبة الملائمة وتقديرها، كما ترك له أن يمضي العقوبة أو يوقف تنفيذها ...

(الصدر) تعليق "رقم-٥٨-": ويدل على الغرامة أيضا الحديث المشهور: من أتلف مال الغير فهو له ضامن ...

ويدل على التشهير حين إقامة حد الزنا قوله ﷻ : ﴿وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين﴾ [النور:٢]..

ويدل على نفي الزاني الشاب الحدث، الخبر المروي عن الإمام جعفر بن محمد الصادق (ع) أنه قال : إذا زنى الشاب الحدث السن جلد وحلق ونفي سنة عن مصره ...

(الشاوى) رأينا فى "تعليق-٥٨-": يورد نصوصا من القرآن أو السنة تجيز عقوبات الغرامة والتشهير والنفي، ولا يكتفي بالإجماع الذي استند إليه فقيهنا، والذي يعتقد أن الجعفرية لا تَعُدّه مصدرا مستقلا للتشريع ... ويراجع رأينا في تعليقه رقم (٥٤) فيما سبق ...

كما أن الحديث الذي أوجب ضمان المال الذي أتلف لا محل للاستشهاد به على عقوبة الغرامة لأن الضمان تعويض مدني وليس غرامة جنائية ...

---

(١) راجع الفقرات : ٤٨٥، ٤٩١، ٤٩٣ ...

(٢) تكلمنا هنا عن العقوبات بغاية الاختصار ولكنا فصلنا القول عن العقوبات الشرعية في كتاب العقوبة.

❁ 104 – ما قلناه عن تحديد الجرائم يطبق أيضا علي تحديد عقوبة كل منها :

كـل ما ذكره عن أنواع العقوبات التعزيرية التى أشارت لها النصوص التشريعية لا يكفى فى نظرنا للقول بأننا التزمنا بتطبيق مبدإ أنه لا عقوبة إلا بنص – بل لابد من أن يـتم اختيار العقوبة لكل جريمة مع بيان الحدين الأقصى والأدنى لها، فى نصوص فقهية مقننة ومعلنة، وذلك قبل وقوع الجريمة. وهذا هو موضوع التقنين .

إنه يَعُدّ ما قررته الشريعة بشأن المعاصى كافيا للقول بأنها حددت الجرائم – وهذا فيـه تجَـوُّز – لأن المشرع قد فوض لاجتهاد الأمة أن تحدد جرائم التعازير، وهذا التفويض يلزم الأمة بهذه المهمة؛ فهى المسئولة عن القيام بها بواسطة من تختارهم من أولى الأمر من الفقهاء وأهل الذكر ....

ونحـن نريد أن نذكر القارئ بأن كلمة التعزير فى فقهنا لا يجوز أن تُعَدّ مرادفة لـلعقوبة الجـنائية – بل هى أوسع من ذلك نطاقا – لأن المقصود بها هو التهذيب والـتأديب والـتربية، وتشمل ما يدخل فى نطاق العقوبة الجنائية وإلى جانب ذلك تشمل التدابير التعبدية والاجتماعية التى لا يجوز وصفها بأنها عقوبة جنائية، ولذلك لا نوافـق عـلى تسويته بين "الوعظ" الذى هو مجرد النصح والتحذير والتذكير بالجزاء الأخروى؛ وبين الجلد أو الضرب .

كذلك ما يسميه "الهجر فى المضاجع" لا يصح فى نظرنا وصفه بأنه "عقوبة جنائية"... وما يسميه التوبيخ والتأنيب .

إن وصف هذه الجزاءات بأنها "تعزير" لا يعنى عَدَّها عقوبات جنائية؛ لأن التعزير له مضمون اجتماعى وتأديبى وتربوى لا يجوز تجاهله اكتفاء بوصف هذه الإجراءات بأنها عقوبات ونسبة ذلك إلى "الإجماع" .

لقـد لاحظنا أن دراسة القوانين الوضعية والفقه العصرى قد أفادته فى الاتجاه إلى استـعمال المصـطلحات أو التبويب العصرى فى دراسته – ولكنا هنا نرى أن هذه الدراسة العصرية قد استدرجته إلى وصف التعازير بأنها عقوبات وهى ليست كذلك دائما فى فقهنا، وإن كانت العقوبات جزءا منها؛ فإنها ليست كلها من هذا النوع.

إنـه أقر بأن السلطة الواسعة التى منحتها الشريعة للقاضى قُصد بها تمكينه من علاج "المجـرم والجريمة"، ونحن نضيف أن العلاج لا ينحصر فى "العقوبات الجنائية" بل يشمل تدابير فردية واجتماعية وتعبدية لا يجوز فى نظرنا وصفها بأنها عقوبات لمجرد أنها تؤدى وظيفة الإصلاح والعلاج التى شُرع التعزير من أجلها وإذا كانت القوانين الوضعية التى طالما

۞ التقنين يحسن أن يميز بين التعازير التى تعد عقوبة جنائية وتلك التى تكون تدابير وقائية:

ذكرنا بأنها تختلف عن شريعتنا فى مصدرها ومقاصدها ومحتواها وفلسفتها إنما تتكلم عن "العقوبـــات" وحدها فلا يجوز لنا أن نقيس أقوال فقهائنا ولا أحكام شريعتنا على تلك الأقوال والقوانين ولا استخدام تسمية التعازير على أنها "عقوبات" دائما .

إن هذه الملاحظة لها أثرها عند "التقنين"، لأنه إذا أردنا سد الباب أمام طوفان القوانين "الوضـــعية" فلا بأس من أن يكون التقنين محصورا فى نطاق التشريع الجنائى العقابى، وأن يُوصـــف بأنـــه تقـــنين العقوبات. ولكن ليس معنى ذلك وصفه بأنه تقنين للتعازير، ولا يجوز إدخال جميع التعازير فى نطاق هذا التشريع لأنها أوسع من ذلك بكثير. وأكثرها إجراءات تعبدية وتربوية وأخلاقية واجتماعية لا يصح وصفها بأنها "عقوبات جنائية" .

ثم إن القوانـــين الوضعية ذاتها قد اضطرت إلى الاعتراف بما يسمى "تدابير وقائية" أو "الـــتدابير الاحـــترازية" وعَدَّها خارجة عن نطاق "العقوبات الجنائية". وما يقرره فقهنا من تدابير تعبدية أو أخلاقية توجه الفرد نحو التوبة والاستقامة يمكن أن تدخل ضمن هذه التدابير الوقائية، لكنها لا يصح فى نظرنا أن تسمى عقوبات وإن كانت جزءا من "التعازير".

على أن التقنين يمكن-بل يجب فى نظرنا-أن يتضمن نصوصا بشأن تدابير الوقاية التى تقيد حريات الأفراد أو حقوقهم، وماعدا ذلك ينص على حق القاضى فى الأمر به مع تحديد شروط ذلك فى تقنين خاص للتعازير الوقائية يميزها عن التعازير العقابية.

* * *

إننا نخشى أن تكون بعض الأحاديث التى أوردها غير موثقة؛ مثال ذلك أن فقيهنا أورد حديـــثا عـــن السوط فى المنزل دون أن يشير إلى ما يعيننا على إبداء الرأى فى صـــحة روايته؛ ولذلك لا نستطيع أن نَعُدّه نصّا قطعيّا، وليس هناك ما يدل على أن الاحتفاظ بالسوط مقصود به استعماله لتأديب الزوجة أو الأولاد أو أن له علاقة بما يســـمى حق الزوج فى التأديب بل يمكن أن يكون الغرض منه هو تطمينهم إلى أن رئيس الأسرة مستعد للدفاع عن حرمة بيته وأهله ... ضد كل عدوان من الخارج. كمـــا أنـــه لم يقدم دليلا على صحة الرواية التى تنسب إلى الرسول (صلى الله عليه وسلم) أنه صلب رجلا حيا، ولذلك لا يمكن أن نعتمدها .

ونحـــن نرى أن تحديد التدابير أو الجزاءات التى يحكم بها تعزيرا فى كل معصية هو من اختصاص أهل الاجتهاد الذين لهم ولاية تحديد التعازيز وعقوبات كل منها، على أن يلتزم قضاة عصرنا بما ينص عليه التقنين الشرعى لأنهم مقلدون وليسوا مجتهدين .

⟨عوده⟩ ١٠٥ *لا جريمة ولا عقوبة في التعزير بغير نص* : وظاهر مما سبق أن الشريعة الإسلامية نصت على جرائم التعزير وعقوباتها، وعينت الجرائم وحددت العقوبات تحديدا دقيقا بحيث لا يستطيع القاضي أن يعاقب على فعل لم تحرمه الشريعة، ولا يستطيع أن يعاقب بغير العقوبات المقررة للتعازير، ولا أن يخرج على حدودها ...

وإذا كانت هذه هى شهادة النصوص الصريحة، وشهادة الواقع الملموس، فإن القول بأن للقاضي سلطة تحكمية في جرائم التعزير هو قول لا أساس له، ولا نكون مغالين إذن إذا قلنا : إن أساس هذا القول هو قلة الاطلاع أو سوء الفهم. فالحقيقة التي لا يجادل فيها إلا مكابر أن كل من أوتي حظّا من الاطلاع على نصوص الشريعة، وقدرة على تفهم أساليب الفقهاء واصطلاحاتهم يعلم حق العلم أن القاضي ليس له سلطة تحكمية ولا غير تحكمية في تعيين الجرائم والعقوبات، وأن نصوص الشريعة تكفلت ببيان الجريمة والعقوبة، وأن سلطة القاضي منحصرة في تطبيق النص على الواقعة المعروضة عليه، فإن انطبق وقع على الجاني العقوبة، ولكن الشريعة أعطت القاضي سلطة واسعة في اختيار العقوبة التي يراها ملائمة من بين عقوبات مقررة للجريمة، وجعلت له أن ينظر في اختيار العقوبة إلى شخصية المتهم وسوابقه، ودرجة تأثره بالعقوبة، كما ينظر إلى الجريمة وأثرها في الجماعة، وجعلت للقاضي أن يعاقب بعقوبة واحدة أو بأكثر منها وأن يصعد بالعقوبة إلى حدها الأعلى، أو يترل بها إلى حدها الأدنى، وله أن يعاقب المتهم بوعظه أو توبيخه أو تهديده فينذره بأن لا يعود لمثل ما فعل، وله أن يعاقب بأشد من ذلك بحبس أو بغرامة، وله أن يمضي العقوبة أو يوقف تنفيذها ...

هذه هى سلطة القاضي في الشريعة، وهى ليست سلطة تحكمية، وإنما هى سلطة أعطيها ليتمكن من علاج المجرم والجريمة، وهى سلطة اختيار وتقدير لا سلطة تحكم واستعلاء قصد منها تمكين القاضي من تقدير خطورة الجريمة والمجرم واختيار العلاج المناسب لهما. وإنها لسلطة قمينة أن تحقق العدل، وترفع الحرج وتضع الأمور في مواضعها، وتعاقب كلا بما يستحقه ...

وهذه الطريقة التي ابتكرتها الشريعة من ثلاثة عشر قرنا لمعالجة جرائم التعزير هى الطريقة التي اتجهت إليها القوانين الوضعية أخيرا، فهى تنحو نحو توسيع سلطان القضاء في اختيار العقوبة الملائمة للمجرم وللجريمة وتقدير هذه العقوبة، فتجعل للقاضي أن يختار في الغالب بين عقوبتين، أو يوقعهما معا، وأن يرتفع بالعقوبة إلى

﴿عوده﴾ حدهـــا الأعلى، أو يترل بها إلى الحد الأدنى، وتجعل للقاضي أيضا أن يوقـــف تـــنفيذ العقوبة أو يمضيها بشروط معينة. ولكن سلطة القاضي في القوانين الوضـــعية لا تـــزال أضيق بكثير من سلطة القاضي في الشريعة الإسلامية، وكثيرا مـــا يتعرض الأول للحرج حيث يجد نفسه عاجزا عن توقيع العقوبة التي تتلاءم مع الحالـــة المعروضة عليه. ولقد كان هذا سببا دعا الكثيرين من علماء القانون إلى أن يطالبوا بتوسيع سلطان القاضي، واقترح بعضهم حلاً للمشكلة ألاّ ينص القانون على عقوبـــة كل جريمة بذاتها بل تعين الجرائم دون تعيين عقوباتها، ثم تعين العقوبات التي يستطيع القاضي تطبيقها، ويترك له أن يختار هو لكل جريمة العقوبة الملائمة بعد تقدير ظروف الجريمة وظروف الجاني. وهذه الطريقة التي يقترحها بعض علماء القانون هي نفس الطريقة التي تسير عليها الشريعة في جرائم التعزير ...

❁ 105 - بيان المعاصي لايكفي لتحديد التعازير :

ما زلنا على رأينا بأنه لا يجوز الخلط بين النصوص الشرعية المقررة للمعاصى والنصوص الاجتهادية التى يجب أن تحدد الجرائم كل منها على حدة؛ وعقوبة كل منها، وهذا هو ما نسميه واجب الأمة وممثليها فى الاجتهاد لتقنين التعازير .

مع ملاحظة ما أشرنا إليه بأننا لا نوافق على قياس التعازير جميعها على "العقوبات الجنائية" لأنها تشمل تدابير وقائية ذات طبيعة تأديبية وتربوية وتعبدية هى أفضل من العقوبة فى منع الجرائم والوقاية منها، وليس من الجائز إدخالها ضمن "العقوبات الجنائية" لأن ذلك يشوه صورها ويحول دون تحقيق أهدافها التربوية والاجتماعية والسلوكية.

إن ما ذهب إليه فقيهنا من وجود نصوص تبين الأفعال المعدودة معاصى، ونصوص أخرى تشير إلى أنواع التعازير لم يعد كافيا فى عصرنا ولا فى المستقبل لتطبيق مبدإ الشرعية فى نظرنا، بل لابد من تقنين فقهى واضح يتضمن نصّا خاصّا يبين كل جريمة على حدة وعقوبتها؛ حتى يصح قوله بأن الشريعة عينت (بواسطة الاجتهاد) الجرائم التعزيرية وحددت العقوبات أو الجزاءات تحديدا دقيقا[1] .

إن دور الاجتهاد فى إعداد التقنين السابق على وقوع الفعل ضرورى حتى لا يكون للقاضى سلطة تحكمية فى التجريم بعد وقوع الفعل وثبوت ارتكابه، لأن قضاتنا لم يعودوا مجتهدين ولا مانع بعد ذلك من توسيع سلطتهم فى وقف التنفيذ أو تخفيف العقوبات.. ثم إنه يكفى لتوسيع سلطة القاضى فى هذا العصر توسيع المسافة بين الحد الأقصى والحد الأدنى فى عقوبة كل جريمة ومبدإ حق القضاة فى تقدير الظروف المخففة وسلطتهم فى وقف التنفيذ.

إن فقهاءنا الذين بدءوا بتأكيد سلطة القاضى فى تحديد جرائم التعازير وعقوباتها كانوا منطقيين لأنهم كانوا يشترطون فى القاضى أن يكون مجتهدا، ونحن نسلم الآن بأن القضاة غير مجتهدين؛ بل إن علم بعضهم بالشريعة محدود، فلا يصح أن نواصل ترديد أقوال فقهائنا السابقين ونضع على عاتقهم تحديد الجرائم من بين المعاصى الشرعية أو إطلاق سلطتهم فى اختيار الجزاءات المناسبة .

كما يجب أن نراعى أن هدف فقهائنا من تأكيد سلطة القضاة وتوسيعها فى هذا الصدد كان دائما هو استبعاد تدخل السلاطين وأشباههم، ويكفى لذلك فى عصرنا حصر ولاية التقنين فى المجتهدين – وهذا مبدأ نحرص عليه ونؤكده وندعو للالتزام به

---

(1) يؤكد ذلك ما ذكره فى نهاية البند (176) من أنه فى مجال الجرائم والعقوبات لابد فيها من نص صريح.

❁ مرونة التعازير واتساعها تكسب فقهنا حيوية وقابلية للتطور :

عند الإشارة إلى اختصاص أولياء الأمر بتحديد جرائم التعازير وذلك بأن نشير إلى أن المقصود بهم فى هذا المقام هم المجتهدون لا السلاطين ولا من يتولون السلطات التنفيذية أو يرأسونها ....

إن نظرية التعازير هى خير دليل على تقدم الشريعة وتفوقها على النظم الوضعية لأنها سبقت القوانين الحديثة إلى إعطاء أحكامها أكبر قدر من المرونة عن طريق عَدّ الاجتهاد مصدرا للتشريع بعد الكتاب والسنة، كذلك تقرر أكبر قدر من توسيع سلطة القضاء كما أشار لذلك وأكده، حيث قال إن كثيرين من علماء القوانين الحديثة يطالبون الآن بتوسيع سلطة القاضى وذلك ليختار الجزاء المناسب لإصلاح حال كل مجرم مراعيا فى ذلك تلاؤمها مع ظروفه وظروف الفعل الذى ارتكبه – وبذلك تكون العقوبات والجزاءات الجنائية أداة إصلاح وتأديب أكثر مما هى وسيلة زجر أو انتقام؛ ولفظ "التعزير" يشير بذاته لذلك لأن معناه التأديب والتهذيب .

كذلك فإن ما سارت عليه القوانين الوضعية من النص على عقوبة محددة فى حدود نصوص جامدة تصدرها الدولة، وتكون ملزمة للقاضى (والفقيه)، ينتقده كثيرون الآن لأنه يؤدى إلى جمود تلك النصوص وعدم مرونتها. أما إذا كانت النصوص التعزيرية من جانب الفقهاء والقضاة، فإن تطويرها وتعديلها يكون أسهل من تعديل النصوص الصادرة عن سلطات الدولة .

لذلك فإن حرصنا على أن يتولى المجتهدون من الفقهاء والقضاة مهمة تقنين التعازير ضرورى للاستفادة بما تميزت به شريعتنا من مرونة وتوسيع لولاية الاجتهاد ولسلطة القضاء؛ الأمر الذى تحاول التقنينات الوضعية الآن أن تتجه إليه بواسطة إضافة قواعد الظروف المخففة وإيقاف التنفيذ وما يسمى "فترة الاختبار"[1]؛ بل وصلوا إلى ما يسمى الآن بتدابير الوقاية التى تمكن القضاة من تجاوز جمود النصوص الوضعية ... ومراعاة مصلحة المتهمين والمصلحة العامة فى نفس الوقت .

بل إن القوانين الوضعية تسعى لكسر الحاجز الذى يفصل بين نصوص قوانين العقوبات وأحكام الإجراءات الجنائية، وذلك بالتوسع فى الأخذ بنظام المحلفين الذى يقصد به علاج المساوئ التى تنتج عن انحرافات الهيئات التى تتولى التحقيقات الأولية، وتوسع البعض فى سلطتها فى جمع الأدلة حتى وصل فى كثير من الأحيان إلى حد استعمال

---

(1) Probation

أجهزة الأمن وسائل التعذيب والإكراه بل ومساهمة "مرشدين" من العملاء المأجورين للأجهزة الأمنية باصطناع الجرائم أو الأدلة أو التحريض عليها والمشاركة فى ارتكابها[1] للإيقاع بمن تشتبه تلك الأجهزة فى ميوله الإجرامية، وهذا هو ما يعرف فى دوائر القضاء "بالتحريض البوليسى" ... الذى يستخدمونه بحجة الرغبة فى ضبط المتهمين متلبسين بالجريمة وعقابهم عليها – وإن كان الهدف فى الغالب هو الإيقاع بمن تتشكك السلطة فى ولائهم لها – فيستبيحون لأنفسهم أن يحرضوهم على أفعال معينة أو يساعدوهم أو يدفعوا عملاء لهم ليشاركوهم فيها أو يستدرجوهم لها، وبعد ضبطهم متلبسين يختفى المرشد البوليسى المحرض أو المساعد بل الشريك أو الفاعل فى الجريمة، والذى ربما يتحمل النصيب الأكبر فى المسئولية عنها وتكون العقوبة من نصيب غيره. ومعنى ذلك أنهم يستبيحون لأنفسهم التحريض على الجريمة والمشاركة فيها زاعمين أن هذه أحسن الوسائل لدفع من يعتقدون أنهم يميلون للإجرام إلى السجون، وهذه فى نظرهم وسيلتهم لمنع الجريمة، بدلا من أساليب الوقاية والوعظ والإرشاد والتهذيب والإصلاح .

إن شريعتنا لا تجيز ذلك بحجة مقاومة الجرائم، وتوجب علاج عيوب المجتمع التى تؤدى إلى وجود الجرائم وإغراء الناس عليها أو اضطرارهم لها ... وهذا هو ما كان يدخله فقهنا فى نطاق التعزير ... فإذا كان يكفى الوعظ أو التوبيخ أو التأنيب أو التغريب أو التهديد لمنع الناس من السير نحو الإجرام أو ارتكاب الجرائم فإن القاضى الشرعى يجب عليه أن يستعمل هذه التدابير بدلا من السجن وما يجره من مساوئ وآلام ومفاسد .

وأكثر من ذلك فإن فقهنا يحرص فى كل مناسبة على تحريم التجسس أو التعذيب بجميع أنواعه كوسيلة لكشف الجرائم أو الحصول على أدلة، ويَعُدّون ذلك سببا للبطلان، بل ولعقاب من سلك هذا المسلك المحرم الشائن .

(1) يكفى الإشارة إلى الضجة التى قامت فى الولايات المتحدة بسبب الإجراءات المتحيزة التى استخدمتها هيئات التحقيق والاتهام فى بعض القضايا – وبخاصة قضية اللاعب سمبسون الشهيرة – فضلا عن قضية الانفجار فى مبنى المعرض الدولى فى نيويورك ... وظاهر من الموازنة بين القضيتين أن نظام المحلفين ذاته معرَّض للانحراف لصالح بعض المتهمين أو ضدهم ....

القسم الثاني
في التعزير للمصلحة العامة

〈عوده〉 ١٠٦ـ *في التعزير(الوقائي) للمصلحة العامة* : القاعدة العامة في الشريعة أن التعزير لا يكون إلا في معصية، أي في فعل محرم لذاته-٥٩- منصوص على تحريمه، ولكن الشريعة تجيز استثناء من هذه القاعدة العامة أن يكون التعزير (وقائيًّا) في غير معصية، أي فيما لم ينص على تحريمه لذاته إذا اقتضت المصلحة العامة التعزير.(١) والأفعال والحالات التي تدخل تحت هذا الاستثناء لا يمكن تعيينها ولا حصرها مقدما؛ لأنها ليست محرمة لذاتها، وإنما تحرم لوصفها؛ فإن توافر فيها الوصف فهي محرمة، وإن تخلف عنها الوصف فهي مباحة. والوصف الذي جعل علة للعقاب هو الإضرار بالمصلحة العامة أو النظام العام، فإذا توافر هذا، الوصف في فعل أو حالة استحق الجاني العقاب، وإذا تخلف الوصف فلا عقاب. وعلى هذا، يشترط في التعزير (الوقائي) للمصلحة العامة أن ينسب إلى الجاني أحد أمرين :

١ – انه ارتكب فعلا يمس المصلحة العامة أو النظام العام ...

٢ – أنه أصبح في حالة تؤذي المصلحة العامة أو النظام العام ...

فإذا عرضت على القضاء قضية نسب فيها للمتهم أنه أتى فعلا يمس المصلحة العامة أو النظام العام، أو أصبح في حالة تؤذي المصلحة العامة أو النظام العام، وثبت لدى المحكمة صحة ما نسب إلى المتهم، لم يكن للقاضي أن يبرئه، وإنما عليه أن يعاقب على ما نسب إليه بالعقوبة التي يراها ملائمة من بين العقوبات المقررة للتعزير، ولو كان ما نسب إلى الجاني غير محرم في الأصل ولا عقاب عليه لذاته ...

ويستدل الفقهاء على مشروعية التعزير للمصلحة العامة بأن رسول الله ﷺ حبس رجلا اتهم بسرقة بعير، ولما ظهر فيما بعد أنه لم يسرقه أخلى رسول الله سبيله.(٢)

〈الصدر〉 تعليق "رقم-٥٩-": لا فرق في المحرم الذي يستحق فاعله التعزير بين أن تكون حرمته ذاتية أو ليست بذاتية ...

---

(١) نهاية المحتاج ج/٨ ص/١٨، ١٩، الإقناع ص/٢٦٩ ج/٤، ابن عابدين ج/٣ ص/٢٥١، ص/٢٥٩، تبصرة الأحكام جزء ثان ص/٢٦ ...

(٢) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص / ١١٧ .

<عوده> ووجـــه الاســـتدلال أن الحبس عقوبة تعزيرية، والعقوبة لا تكون إلا عن جـــريمة وبعد ثبوتها. فإذا كان الرسول قد حبس الرجل لمجرد الاتهام، فمعنى ذلك أنه عاقـــبه عـــلى التهمة، وأنه أباح عقاب كل من يوجد نفسه أو توجده الظروف في حالة اتهـــام ولـــو لم يأت فعلا محرما. وهذا العقاب الذي فرضه الرسول بعمله تبرره المصلحة العامـــة، ويـــبرره الحرص على النظام العام؛ لأن ترك المتهم مطلق السراح قبل تحقيق ما نســـب إليه يؤدي إلى هربه، وقد يؤدي إلى صدور حكم غير صحيح عليه، أو يؤدي إلى عـــدم تـــنفيذ العقوبة عليه بعد الحكم، فأساس العقاب هو حماية المصلحة العامة وصيانة النظام العام ...

ويستدل الفقهاء أيضا على مشروعية التعزير للمصلحة العامة بما فعل عمر رضي الله عنه بنصر بن حجاج، فقد كان عمر يعس في المدينة فسمع امرأة تقول: هل من سبيل إلى خمـــر فأشربها، أم من سبيل إلى نصر بن حجاج؟ فدعا عمر نصر بن حجاج، فوجده شابا حســـن الصـــورة فحـــلق رأسه فازداد جمالا فنفاه إلى البصرة، خشية أن يفتتن النساء بجمالـــه،-٦٠- مـــع أنه لم ينسب إليه أنه ارتكب فعلا محرما. ووجه الاستدلال أن النفي عقوبـــة تعزيـــرية وقعهـــا عمر على نصر بن حجاج لأنه رأى أن وجوده في المدينة ضار بصـــالح الجماعة مع أن جماله هو الذي أوجده في هذه الحالة، ومع أنه لم يقصد الإضرار بالمصلحة العامة أو النظام العام ...

الصدر تعـــليق "رقم-٦٠-": أي مصلحة يا ترى في نفيه إلى البصرة؟ وإذا خاف الخليفة من افتتان نساء المدينة به، فلماذا يا ترى لم يخف من افتتان نساء أهل البصرة؟ وأي فرق بين البلدين يا ليت شعري؟!..

الشاوي رأيـــنا في "تعليق-٦٠-": نعتقد أن الأصح هو عَدّ هذا النفي تدبيرا وقائيا، وأن الأمر به مسألة تقديـــرية قد تختلف فيها الآراء، لكن الضمانة الأساسية فيها هي نزاهة من يأمر بها، وأنه لم يقصد بها إلا مصلحة عامة يقدرها، وليست لغرض شخصي ...

〈عوده〉 ومـن أمثـلة التعزير للمصلحة العامة تأديب الصبيان على ترك الصلاة والطهـارة، وتأديبهم على ما يأتون من أفعال تَعُدّها الشريعة جرائم، مع أن هذه الأفعال لا تُعَدّ جرائم في حق الصبيان غير المميزين؛ لأنهم ليسوا أهلا للتكليف، فلا يُعَدّ إقدامهم على هذه الأفعال عصيانا، ولا تُعَدّ أفعالهم معاصي،[1] ومن ثم فهم لا يعاقبون بالعقوبات المقررة لها، ولكنهم يعزرون لحماية المصلحة العامة ...

ومن أمثلة التعزير للمصلحة العامة منع المجنون من الاتصال بالناس إذا كان في اتصاله بهم ضرر عليهم، وحبس من شهر بأذاه الناس ولو لم يقم عليه دليل أنه أتى فعلا معينا ...

ونظرية التعزير للمصلحة العامة تسمح باتخاذ أي إجراء لحماية أمن الجماعة وصيانة نظامها مـن الأشـخاص المشبوهين والخطرين، ومعتادى الإجرام ودعاة الانقلابات والفـتن، والـنظرية بعد ذلك تقوم على قواعد الشريعة العامة التي تقضي بأن الضرر الخاص يتحمل لدفع الضرر العام، وأن الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف ...

(١) نهايـة المحتاج ج/٨ ص/١٨، الإقناع ج/٤ ص/٢٦٩، ٢٧٣، بدائع الصنائع الجزء السابع ص/٦٤، يرى البعض اعتبار الفعل معصية بذاته ...

۞ 106 - التعازير للمصلحة العامة خارج نطاق المعاصي يقدرها أهل الاجتهاد لتكون في إطار النظريات التشريعية :

لقـــد توسع فقيهنا فى الكلام عن جواز التعزير للمصلحة العامة[1] خارج نطاق المعاصـــى الشـــرعية، ونعتقد أنه أراد بهذا التوسع أن يفتح الباب لدراسة كثير من النصـــوص المستحدثة فى قوانين العقوبات الوضعية وإدماجها فى التقنينات الشرعية كما هو واضح من الأمثلة التى ذكرها فى نهاية البند .

ويظهـــر أنـــه خشـــى من سوء استغلال عبارة المصلحة العامة، فعاد يضع كثيرا من الضـــمانات حـــتى لا يكـــون هذا التوسع على حساب مبادئ الشريعة وقيم الإسلام الأساســـية[2]، وهذا يؤيد قولنا بأنها يجب أن تكون فى إطار "النظريات التشريعية" وعلى أساسها .

نلاحـــظ أن كلامـــه عن التعزير على المخالفات التى لاتصل إلى حد المحرمات أو المعاصـــى[3] يفتح الباب لما يسمى فى الفقه المعاصر بتدابير الوقاية، بل نعتقد أن هذه الـــتدابير الوقائية تكفى دون حاجة لفتح الباب للحكومات لكى تفرض ما تريد من عقوبات على من تخشى معارضتهم بحجة المصلحة العامة التى يقدرونها هم بحسب ما يرونه ضروريًّا لاستمرار سلطتهم واحتكارهم لها .

والأمثلة التى ذكرها لتدل على جواز "التعزير" فى غير معصية - تشير إلى ما يُعَدُّ فى عصرنا إجراءات غير عقابية مثل "الحبس الاحتياطى" كإجراء من إجراءات التحقيق أو ما تجيزه النظريات الحديثة باسم "التدابير الوقائية" أو الإجراءات الإصلاحية لتربية غير المكلفين (من الصبيان) أو حماية المصابين بأمراض عقلية كتدبير وقائى لصالحهم ولصالح غيرهم .

---

(1) بـــند (106) وما بعده - وقد واصل ذلك الاتجاه فى البند (111) وما بعده عند مقارنته بين الشريعة والقوانين الوضعية وكذلك البند (133) وما بعده .

(2) بند (108) وما بعده .

(3) بند (110) .

❁ نفضل حسبان التعازير خارج نطاق المعاصي ضمن تدابير الوقاية، لتكون خاضعة لشروطها وأولها اختصاص القضاء وحده بتطبيقها :

ونحن لا نوافق على تسمية تلك التدابير بأنها "عقوبات تعزيرية" ولا نَعُدها عقوبات - صحيح أنها تعازير - وإنما تدخل هذه التعازير فى نطاق التدابير أو "الإجراءات" الوقائية والتربوية من أنواع مختلفة أشرنا إليها .

وميزة الفقه الإسلامى أنه اشترط لذلك شرطين :

1- أن تكون المصلحة العامة هى التى تستوجب مثل تلك الإجراءات .

2- أن الذى يأمر بها ويقدر "المصلحة العامة" هو القاضى أى المجتهد فى نظرنا.

فلا يصح أن تقررها الجهات الإدارية لأنها غالبا لا تتوخى فيها مصلحة الجماعة، وإنما تستخدمها لصالح الفئة المسيطرة أو المتغلبة، وخاصة إذا كانت قد استولت على السلطة بغير شورى أو بغير حق ... ورأينا أن مثل هذه الإجراءات يجب أن توضع لها أحكام وشروط ينص عليها صراحة فى "التقنين الشرعى" للتشجيع على التوبة والاستقامة مع تمييزها عن "العقوبات" حتى لا يساء استعمالها ولا تستعمل لغير أغراضها الشرعية .

الأمثلة التى ذكرها تؤكد ملاحظتنا السابقة بأن "التعازير" لا تنحصر فى نطاق "العقوبات الجنائية" ولا يجوز إهمال الجانب التربوى والاجتماعى والوقائى الذى شرعت من أجله، والذى يبرر تطبيق التعازير خارج نطاق المعاصى إذا اقتضى الأمر ذلك فى نظر أهل الاجتهاد، لا أهل السلطة، وبذلك يستقيم المبدأ الذى نرجحه وهو أن العقوبات الجنائية فى الأصل لا يمكن تقريرها إلا على مرتكبى المعاصى - أما ما يخرج عن هذا النطاق فهو تدبير وقائى لا داعى لوصفه بأنه عقوبة على الإطلاق ولو سمى تعزيرا لأن هذا الاصطلاح الشرعى ليس مقصورا على العقوبات الجنائية .

ثم إننا لا نكتفى بشرط المصلحة العامة، ونرى أنه يجب أن تكون فى إطار الأصول الشرعية التى نسميها "النظريات التشريعية" المبنية على المقاصد السامية لشريعتنا لأنها هى القواعد الثابتة للمجتمع الصالح الذى تريده الشريعة . ولهذا السبب، فإن الذى له الحق فى تقدير وجود المصلحة العامة هم أهل الاجتهاد لكى يربطوا بينها وبين النظريات التشريعية كما بينا من قبل، ويتولوا وضع أحكام خاصة بتدابير الوقاية تبين الحالات التى تميزها وتقصر تطبيقها على القضاء .

(عوده) ١٠٧ـ *سلطة القاضي في التعزير للمصلحة العامة ليست تحكمية* : قلنا إن الحالات التي يعزر فيها على فعل لم ينص على تحريمه بذاته من قبل لا يمكن حصرها، وإن القاضي ليس له أن يحكم بالعقوبة في الحالة التي تعرض عليه إلا إذا كان فيها ما يمس النظام العام أو صالح الجماعة، فإن لم تكن كذلك قضي بالبراءة، وإذا عاقب فليس له أن يعاقب إلا بإحدى عقوبات التعزير. فسلطة القاضي إذن ليست مطلقة ولا تحكمية، وإنما هي مقيدة بقيود بينتها الشريعة وأوجبت توافرها. وسلطة القاضي هنا لا تزيد شيئا عن سلطته في جرائم التعزير المنصوص على تحريمها، وكل ما يمكن قوله عن هذه السلطة إنها سلطة واسعة أعطيت للقاضي ليحسن اختيار العقوبة وتقدير ظروف الجريمة والمجرم،-٦١- ولم تعط إليه ليخلق الجرائم وينشئ العقوبات. ومهما وسَّعت الشريعة من سلطة القاضي، فإنها لم تخرج عن قاعدتها العامة التي تقضي بأن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص، بل ظلت الشريعة متمسكة بهذه القاعدة، وإن طبقتها على وجه خاص في حالة التعزير للمصلحة العامة ...

ويخطئ خطأ جسيما من يظن أن القاضي له أن يعتبر الفعل جريمة إذا كان ماسا بالنظام العام أو صالح الجماعة؛ لأن الشريعة تشترط للعقاب أن تكون الحالة أو الفعل ماسا بالصالح العام أو النظام العام، وهذا في ذاته تحديد للجريمة، ونص صريح على أن كل إنسان أتى فعلا يمس مصلحة عامة أو نظام الجماعة، أو وجد في حالة تؤذي المصلحة والنظام العامين يعاقب بالعقوبات المقررة للمعاصي، والفعل المحرم إذا لم يعين بذاته فإنه يعين بوصفه ...

(الصدر) تعليق "رقم-٦١-": مر آنفا أن للحاكم إنزال العقوبة وإن لم تثبت الجريمة كما في سجن رسول الله ﷺ لمن اتهم بالسرقة وليس هذا من التعزير، إذ لا تعزير (عقابي) إلا على جريمة، وإنما هو عقوبة تقتضيها المصلحة العامة؛ لأن عدم سجنه ما لم تثبت الجريمة عليه قد يضر بالمصلحة وبالمجتمع، والمصلحة العامة أولى بالاهتمام من المصلحة الخاصة ...

(الشاوى) رأينا في "تعليق-٦١-": يخلط السيد الصدر بين العقوبة والتدابير الاحترازية، وهي من أهم مجالات التعزير، وكان أولى به أن يلاحظ أن المثال الذي أورده من أن رسول الله قد أمر بحبس من اتهم بالسرقة قبل ثبوتها هو نوع من التعزير الوقائي. والقول بأنه لا تعزير (عقابي) إلا على جريمة لا نوافق عليه إلا إذا كان التعزير عقابيا. وهناك القول بأن ثَمَّ نوعا رابعا من العقوبات (المقصود به تدابير الوقاية) تخرج من نطاق التعزير (العقابي) والحدود والقصاص؛ بشرط ألا يأمر بها إلا القضاء؛ لأن القول بغير ذلك يفتح بابا للتعسف تتنزه عنه شريعتنا وقد عاد للإشارة لذلك في التعليقين رقم-٦٤- و-٦٧- فيما بعد ...

107 – عَدُّ هذه التدابير (غير العقابية) من اختصاص القضاء ضمانة كبرى:

إن مبدأ اختصاص القضاء بالتدابير الاستثنائية التى تقيد حريات الأفراد، والتى يمكن وصفها بأنها تعازير دون أن تكون عقوبات جنائية، هو مثال آخر لما تراعيه الشريعة من توسيع سلطة القضاء؛ لأن الهدف من هذا المبدإ هو تضييق نطاق عمل السلطات الإدارية والتنفيذية وتوسيع اختصاص القضاة المجتهدين، وقد أحسن بعَدّه ذلك ميزة سبقت بها الشريعة غيرها من النظم الوضعية .

ولاشك فى أن استقلال القضاء وعدم خضوعه لأهواء الأمراء والسلاطين هو أكبر ضمانة لشرعية تلك التدابير؛ وهو مبدأ أساسى فى شريعتنا وديننا لأنه ناتج عن أن الشريعة الإلهية (وما تقرره من عقوبات أو تدابير مقيدة للحريات) مستقلة عن سلطات الدولة التنفيذية مهيمنة عليها وعلى من يمارسون سلطاتها .

لقد بذل فقهاؤنا أقصى جهدهم لحماية مبدإ استقلال الشريعة (فقها وقضاء) عن الدول وسلطاتها،وكان لهذا الاتجاه أثره الواضح فى نظرية التعازير وأحكامها التى تقوم على أن القضاء فرع من الشريعة وجزء منها وليس فرعا من السلطات التنفيذية فى الدولة ورؤسائها وحكامها لأنه يشترط فيمن يتولونها صفة الاجتهاد .

فالأصل أن مبدأ "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" يطبق على جميع الجرائم بما فى ذلك التعازير بل هو الركن الشرعى فى كل جريمة – وهو أول أركان الجريمة كما عرضها الفقيه الشهيد فى القسم العام[1] . ومعنى ذلك أنه إذا كان العقاب الجنائى واجبا؛ فإنه يجب أن يوجد نص اجتهادى مقنن يحدد الفعل المكون لكل جريمة والعقوبة المقررة لها – أى تقنينها قبل ارتكابها .

إن فقهاءنا قد اتفقوا على أن السلاطين والرؤساء الذين يتولون السلطة التنفيذية فى نظرهم لا يجوز أن يمارسوا مسئولية التشريع ولا القضاء طالما أنهم ليسوا مجتهدين[2]، ولذلك نستبعد قيامهم بعملية تقنين أحكام الشريعة –وبخاصة أحكام الجرائم والعقوبات التى يبقى استنباط أحكامها من اختصاص المجتهدين أو أهل الاجتهاد سواء كانوا فقهاء أو قضاة .

---

(1) البند (51-52) ثم البنود (84) وما بعدها .

(2) توسعنا فى كتابنا " فقه الشورى " فى بيان أن إصرار الفقه على اشتراط الاجتهاد فى المرشحين للخلافة قُصد به عدم الاعتراف بالشرعية للسلاطين (الذين لا تتوافر فيهم شروط الأهلية للاجتهاد). تراجع البنود (93) وما بعده وقبله البند (36) من كتابنا "فقه الشورى" .

۞ أولياء الأمر فى التشريع هم أهل الاجتهاد الذين تعترف لهم الأمة بهذه الصفة بحرية كاملة :

ومعنى ذلك أنهم عندما يقررون أن الشريعة تعطى لأولياء الأمر الحق فى التعازير؛ فإنهم لم يقصدوا بذلك الاعتراف للسلاطين أو الأمراء أو رؤساء الدول بهذا الحق ولذلك قالوا بأن القضاة هم الذين يتولون ذلك باعتبارهم مجتهدين ... لأنهم هم أولياء الأمر فى هذا المجال، وهذا هو ما يسير عليه القانون الإنجليزى، حيث تكون السوابق القضائية هى المصادر التشريعية الملزمة فيما يسمى القانون العام – Law Common.

لكن لا يعنى ذلك عدم وجوب التقنين، وإنما يجب أن يقوم به من لهم صفة الاجتهاد أى الفقهاء والقضاة، لا سواهم (من لا يعرفون أصول الشريعة ومبادئها العامة التى تحدد المعاصى وتضع قواعد التحليل والتحريم)؛ ولو كانوا هم ممثلى الدولة ورؤساءها من السلاطين والحكام وأعوانهم .

إننا عندما ندعو لوضع تقنينات شرعية – للتعازير أو غيرها لا نقر إعفاء الفقهاء والقضاة المجتهدين من هذه المسئولية، ولا نوافق على إعطائها لمن يمارسون سلطات الدولة أو يحكمونها من السلاطين والرؤساء أو زعماء الأحزاب والهيئات السياسية؛ بل ونرى فضلا عن ذلك المجالس النيابية التى تضم أهل الحل والعقد فى الشئون السياسية صحيح أنهم يمثلون إرادة الشعب فعلا فى المجال السياسى لكننا نرى أن العامة والجماهير يجب أن تختار مجلسا علميًّا خاصًّا للاجتهاد يضم رجال الفقه (بأغلبية معقولة) يدخل ضمنهم ممثلو القضاء كمؤسسة يرأسها قاضى القضاة (محكمة النقض حاليا)، ومعهم أهل الذكر من الخبراء والاختصاصيين – وتكون مهمتهم علمية اجتهادية بحتة[1] لاستنباط الأحكام الشرعية أو اختيار ما يقلدونه من الآراء المختلفة فى المذاهب الفقهية المتعددة. ونرى أن يكون قرارهم مجرد فتوى علمية يقوم أهل الحل والعقد الذين يضمهم مجلس الشعب بإصدارها أو إقرارها – وله ذلك وحده أو منضما إلى مجلس الاجتهاد حسبما يقرره الشعب ذاته فى الدستور الذى يقره ....

إن كل هذه الضمانات تؤيد رأينا بأن التعزير للمصلحة العامة يجب أن يكون فى إطار النظريات التشريعية كما قدمنا .

---

(1) تراجع مقترحاتنا العملية للفصل العضوى بين هيئة الاجتهاد والمجلس السياسى فى كتابنا "فقه الشورى" البند (97).

عوده ١٠٨ لا جريمة ولا عقوبة بلا نص في هذا النوع من التعزير:
فالشريعة إذن لم تخرج على القاعدة القائلة بأن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص، وإنما تساهلت فى تطبيقها على هذا النوع من الجرائم أكثر مما تساهلت فى تطبيقها على جرائم التعزير العادية (العقابية). فبدلا من أن تنص على الفعل المكون للجريمة وتحدد له عقوبة مقدرة كما فعلت في جرائم الحدود أو جرائم القصاص والدية، وبدلا من أن تنص على الفعل المحرم وتعينه ثم تترك للقاضي أن يعاقب عليه بالعقوبة التي يراها ملائمة من بين العقوبات المقررة للتعزير، جاءت بدلا من هذا كله تقرر أن كل فعل أو حالة تمس نظام الجماعة أو مصلحتها يعاقب عليها بالعقوبة التي يراها القاضي ملائمة من العقوبات المقررة للتعزير ..

ونستطيع أن نتبين فيما يلي الطرائق المختلفة التي اتبعتها الشريعة في تطبيق قاعدة ألاّ عقوبة ولا جريمة بلا نص ومدى الفرق بين هذه الطرائق:

أولا : من حيث النص على الجريمة : حددت الشريعة عين الفعل المكون للجريمة، وعينته تعيينا لاشك فيه في جرائم الحدود، وفي جرائم القصاص والدية وفي جرائم التعازير العادية (العقابية)، فهو جريمة في أي وقت، وفي أي ظرف. أما في التعزير للصالح العام فالفعل المحرم لم يحدد بعينه-٦٢- وإنما حدد بوصفه. ولما كان من الممكن أن يتخلف الوصف عن الفعل، فيترتب على هذا أن يكون فعل ما في بعض الظروف ماسا بصالح الجماعة أو نظامها، وفي ظروف أخرى غير ماس بهما ...

ثانيا : من حيث النص على العقوبة، نصت الشريعة على العقوبات المقررة للجرائم في كل الأحوال، ولكنها عينت عقوبة كل جريمة على حدة، وجعلتها لازمة في جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية. أما في جرائم التعازير جميعا سواء كانت عادية أو مقررة (احترازيا) لحماية المصلحة العامة والنظام العام، فقد عينت الشريعة مجموعة من العقوبات و (التدابير) لهذه الجرائم، وتركت للقاضي المجتهد أن يختار من بينها العقوبة الملائمة-٦٣- ...

الصدر تعليق "رقم-٦٢-": مر عليك قريبا أن هذا النوع من العقوبة ليست من التعزير (العقابي) ولا تختص بالمجرم ...

الصدر تعليق "رقم-٦٣-": أي التي تصلح لردع المجرم عن الإجرام ثانية وزجر سواه عن الإجرام بمثل جريمته ...

الشاوى رأينا فى "تعليقى-٦٢- و-٦٣-": راجع رأينا على تعليق رقم-٦١- ...

﴿عوده﴾ هـــذا هو أثر قاعدة أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص في جرائم التعازير المقـــررة لحمايـــة المصـــلحة العامة. فالقاعدة مطبقة ولكن في حدود واسعة، ومن ثم فلا يمكن القول بأن الجاني يعاقب على فعل لم يحرم-٦٤- أو لم يعلم بسبق تحريمه. لأن الشـــريعة تعاقب على كل فعل يصدر من صاحبه ماسًّا بالنظام العام أو المصلحة العامـــة، وعـــلى كل حال يوجد فيها الجاني إذا مست بنظام الجماعة وصالحها. فعـــلى كـــل إنســـان إذن أن يبتعد عن كل ما يمس بالصالح العام، وعليه أن يراعي الظروف ويحسب حسابها ويقدرها في كل وقت وآن ...

١٠٩ـ *العـلـة في إجـازة الـتـعـزير لـلـمـصـلـحـة الـعـامـة* : والضرورات الاجتماعية هى المســـوغ الوحيـــد لإقـــرار الشريعة هذا النوع من (جرائم) التعزير. فحماية نظام الجماعـــة وصـــوالحها العامة تقتضي نصوصا مرنة تلائم كل وقت وآن، وكل ظـــرف وحالـــة، وليس أكثر مرونة وأكثر ملاءمة لحاجات الجماعة من هذا الذي جاءت به الشريعة، فإنه قمين أن يقمع كل من تحدثه نفسه بإلحاق الضرر بالجماعة أو بنظامها؛ لأنه إذا استطاع أن يفلت من أحكام النصوص الجامدة فلن يستطيع بحال أن يفلت من هذه النصوص المرنة. وسنرى بعد قليل أن أحدث القوانين الوضعية أخذت بنظرية الشريعة الإسلامية (في تدابير الوقاية) توصلا لحماية النظام والصالح العام ...

﴿الصدر﴾ تعـــليق "رقـــم-٦٤-": مر عليك قريبا أن العقاب (الوقائي) قد يكون مع عدم ثبوت الجريمة مراعاة للمصلحة كما في سجن النبي ﷺ لمن اتهم بالسرقة ...

﴿الشاوى﴾ رأينا فى "تعليق-٦٤-": يراجع ما قلناه بشأن التعليق رقم-٦١- فيما سبق ...
ونحـــن نســـتبعد وصف هذه التدابير بأنها عقوبات، بل هى مجرد تدابير احترازية لابد لها من ضمانات حتى لا يساء استخدامها ...

❁ 108، 109- التدابير الخارجة عن نطاق العقوبة تخضع لمبدإ الشرعية، أى أن التقنين يشمل جميع التدابير المقيدة للحريات والحقوق ولو لم تكن عقوبات جنائية :

هناك نوع من التدابير "القضائية" التى أجازها شريعتنا يخضع هو أيضا لمبدإ الشرعية لأن اختصاص القضاء بها يعنى أنه يجب أن توجد نصوص تحدد حالاتها وشروطها؛ وتعيين الجهة القضائية التى تختص بها ومعنى ذلك أن مبدأ الشرعية أوسع نطاقا من مبدإ "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص". وإذا كان هو قد استعمل هذا العنوان للإشارة إلى مبدإ الشرعية مجاراة لفقهاء القانون الوضعى، فإننا نفضل عَدَّه مبدأ أعم من ذلك فى شريعتنا، ونعبر عنه بأنه "لا تدبير يقيد حريات الأفراد إلا بأمر القضاء" وبناء على نصوص تحدد الأفعال أو الحالات التى تسوِّغها لصالح المجتمع والفرد، والشروط التى يجب توافرها لتطبيقها.

إننا لا نوافقه على عَدِّها "عقوبات استثنائية"، وإنما هى فى نظرنا "تدابير قضائية" وليست عقوبات.

وعذره أن كلمة تعزير فى فقهنا ليست مرادفة لكلمة "عقوبة"، بل هى أوسع نطاقا منها، وفقهاؤنا يَعُدُّونها شاملة للتدابير القضائية الاستثنائية التى قد تماثل العقوبات الجنائية لكنها خارجة عن نطاقها كما بيناه. معنى هذا أننا لا نوافق على قصر مبدإ الشرعية على "العقوبات الجنائية"، بل هو أعم من ذلك لأنه يسرى على جميع التدابير المقيدة لحقوق الأفراد وحرياتهم - ولو لم تكن عقوبات - مثل إجراءات التحقيق المقيدة للحرية والحرمات؛ والتدابير الوقائية وأمثالها من التدابير الإصلاحية للصغار أو عديمى الأهلية مثل المجانين ...

ويلاحظ أن بعض ما يُعَدّ عقوبات يحكم بها على مرتكب جريمة معينة يمكن أن تكون مجرد تدبير وقائى قبل وقوع الجريمة لمنعها أو قبل ثبوت إدانة الشخص بارتكابها. فالحبس يكون تدبيرا احتياطيًا فى أثناء التحقيق لمنع المتهم من الهروب من المحاكمة أو من إخفاء الأدلة - وفقهاؤنا يصفون الحبس الاحتياطى بأنه تعزير، ومعنى ذلك فى نظرنا أنه تدبير وقائى وليس عقوبة كما يتصور البعض .

وإذا كان فقيهنا قد استغنى عن ذلك بإدخالها ضمن التعازير، ثم إدخال التعازير ضمن العقوبات، فإننا لا نوافقه على ذلك ....

❁ نصوص القرآن التى قررت مبدأ الشرعية توجب التقنين فى عصرنا :

إن شريعتنا قررت مبادئ عديدة تسمح لها بأقصى المرونة فى التطبيق، مثل "مبدإ توسيع سلطة القضاة المجتهدين التقديرية"، ومبدإ جواز التدابير المقيدة للحرية خارج نطاق العقوبات فى حالات معينة للضرورات الاجتماعية. وإذا كان ما يسميه "القوانين الحديثة" قد وصلت إلى ذلك أخيرا؛ أو حاولت الوصول إليه ... فإن شريعتنا سبقتها إلى ذلك بقرون عديدة .

لقد عنى الشهيد عوده عناية خاصة بالركن الشرعى فى الجريمة، وتأكيد المبدإ الشرعى أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص صريح واضح يحرم الفعل أو الترك ويحدد العقوبة المقررة حتى يكون الفعل والعقوبة معلومين علما تامّا للمكلف مقدما أو يكون ذلك العلم ممكنا له وميسرا له، وقد توسع فى ذكر النصوص القرآنية التى عَدَّها مصدر هذه القاعدة الأصولية ووصفها بأنها قاطعة فى تأكيد هذا المبدإ [سورة الإسراء : **15** ، القصص : **59** ، النساء : **16**، الأنعام : **19**- البقرة : **286**، الأنفال : **38**][1].

صحيح أنه بدأ بتطبيق هذا المبدإ الشرعى فى جرائم الحدود والقصاص والدية، وعَدَّ هذه الجرائم المجال الأول لتطبيق هذا المبدإ تطبيقا صريحا وواضحا وقاطعا، ثم حرص على القول بأن هذا المبدأ يسرى فى جرائم التعازير، لكنه مع ذلك يعيد ما قاله أسلافنا من تركها للقاضى ناسيا أنهم اشترطوا أن يكون القاضى مجتهدا، وكل ما نقله عن كتب أسلافنا عن اختصاصات القاضى إنما يقصد به القاضى المجتهد الذى لم يعد له وجود فى عصرنا، ويحل محله الآن أهل الاجتهاد، وأهل الذكر الذين يجب أن يختارهم جمهور الأمة.

ونحن نعتقد أنه قصد لفت النظر إلى أهمية تطبيق هذا المبدإ فى نطاق التعازير. وهذا يسوِّغ دعوتنا إلى ضرورة تقنين نصوص صريحة للتعازير وتحديد العقوبة لكل ما يُعَد منها جرائم جنائية. على النحو الذى تسير عليه مجموعات القوانين العصرية.[2] بشرط أن يتم ذلك بمعرفة أهل العلم والاجتهاد. لكنا نضيف لذلك وجوب تقنين التعازير المشتملة على التدابير الوقائية بتحديد شروطها وحالاتها والجهة القضائية التى تختص بها - لتخضع هى أيضا لمبدإ الشرعية وإن لم تكن عقوبات جنائية.

---

(1) البند (88) فيما سبق .

(2) يراجع فقه الشورى البند 36 ص 192 - 198 الفقرات الأربع الأولى - ورأينا فى البندين (93،94) وما بعدهما من ذلك الكتاب .

القسم الثالث
في التعزير على المخالفات

عوده ١١٠ـ التعزير على المخالفات : الأصل في التعزير أنه على فعل المحرمات وترك الواجبات، وهذا متفق عليه، ولكن الفقهاء اختلفوا على جواز التعزير في إتيان المكروه وترك المندوب. ففريق يرى ألاّ عقاب على فعل مكروه أو ترك مندوب-٥-٦-[1]، وفريق يرى العقاب على فعل المكروه وترك المندوب.[2] وأساس اختلافهم في هذا الحكم هو اختلافهم في تعريف المكروه والمندوب. فمن رأى أن المكروه نهي بتخيير في الفعل، وأن المندوب أمر بتخيير في الفعل، أو أن المكروه ليس نهيا، والمندوب ليس أمر، من رأى هذا قال بعدم جواز العقاب لأن العقاب لا يكون إلا بتكليف. ومن رأى أن المندوب أمر لا تخيير فيه، وأن المكروه نهي لا تخيير فيه، قال بجواز العقاب على فعل المنهي عنه، وترك المندوب إليه. والقائلون بهذا الرأي مع تجويزهم العقاب لا يسمون الفعل أو الترك معصية، ولا يسمون الجاني عاصيا، وإنما يسمون الفعل والترك مخالفة، والجاني مخالفا، ويعللون ذلك بأن العصيان اسم ذم، وأن الذم أسقط عن فاعل المكروه وتارك المندوب[3] ..

الصدر تعليق "رقم-٦٥-": وهو الرأي السائد بين فقهاء المذهب الجعفري؛ لأنه لا عقاب إلا على معصية، ولا معصية في ترك المندوب، ولا في فعل المكروه؛ لأن المكلف مخير في إتيان كل منهما وتركه...

---

(١) الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم ج/١ ص/٤٣، الإقناع ج/٤ ص/٢٧٠:٢٧١، مواهب الجليل ج/٦ ص/٣٢٠، بدائع الصنائع ج/٧ ص/٦٣، شرح مسلم الثبوت ج/١ ص/١١١:١١٢ ...

(٢) المستصفى للغزالي ج/١ ص/٧٥:٧٦، الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ص/١٧٠ وما بعدها من ج/١، تحفة المحتاج ج/٨ ص/١٨، مواهب الجليل ج/٦ ص/٣٢٠، تبصرة الحكام ج/٢ ص/ ٢٥٩:٢٦٠، الأحكام السلطانية ص/٧١٢ ...

(٣) المستصفى للغزالي ج/١ ص/٧٦، الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ج/١ ص/١٧٣:١٧٤ ...

عوده ويحتج بعض القائلين-٦٦- بالعقاب بفعل عمر رضي الله عنه، حيث مر على شخص أضجع شاة يذبحها، وجعل يحد الشفرة، فعلاه بالدرة وقال له: هلا حددتها أولا[١]..

والذين يقولون بالعقاب يشترطون أن يتكرر إتيان المكروه وترك المندوب حتى يمكن العقاب، فالعقاب عندهم ليس على الإتيان أو الترك في ذاته، وإنما هو على اعتياد إتيان المكروه وترك المندوب، ويَعُدّون أن العادة تتكون من تكرار الفعل مرتين[٢] ...

وإذا وقع الإتيان أو الترك ماسا بمصلحة عامة أو بالنظام العام عوقب على الإتيان والترك دون حاجة للتكرار، سواء أخذنا برأي القائلين بالعقوبة أو بالرأي المضاد؛ لأن العقاب في هذه الحالة ليس أساسه حسبان الفعل مكروها أو الترك مندوبا إليه، وإنما أساسه أن الفعل أو الترك ماس بالمصلحة العامة أو النظام العام ...

الصدر تعليق "رقم-٦٦-": لا يصح الاحتجاج بنظر فقهاء المذهب الجعفري إلا بفعل معصوم ولم يدَّع أحد من المسلمين عصمة عمر بن الخطاب ...

الشاوي رأينا في "التعليق-٦٦-": لا نوافق على اعتراض السيد الصدر على احتجاج فقيهنا بما ورد عن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب بحجة أنه ليس معصوما؛ لأن اجتهادات الصحابة مثل اجتهادات غيرهم من الأئمة والفقهاء يمكن الاستشهاد بها، بل هي أولى بالاعتبار دون حاجة للبحث في موضوع العصمة الذي هو خاص بالشيعة أما في نظر أهل السنة فهو خاص بالرسل والأنبياء. نحن كنا نوافقه لو قال: إن هذه الحادثة ليست دليلا على أن الفعل الذي استنكره أمير المؤمنين ليس خطئا يستحق الزجر والتأديب أو العقاب، ولا أنه مجرد مكروه ...

ونحن نلاحظ أيضا أن فقيهنا لم يقدم غير هذه الحادثة دليلا على جواز التعزير على فعل مكروه، وفي نظرنا أن ما يسميه مخالفات هو تعازير وقائية تدخل في عصرنا الحاضر ضمن التدابير الوقائية..

---

(١) مواهب الجليل ج/٦ ص/٣٢٠ ...

(٢) مواهب الجليل ج/٦ ص/٣٢٠، الأحكام السلطانية ص/٣١٢ ...

110 - المخالفات تدخل فى نطاق "التدابير الوقائية القضائية" :

الدقـــة التى وصل إليها فقهاؤنا فى التفرقة بين ما يُعَدّ معصية أو حراما، وبين ما هو دون ذلـــك لكنه مكروه لم تصل إليها فى نظرنا القوانين الوضعية ولا الفقه المستورد، وهى فى الواقع ضرورية لكى يلتزم بها من يقننون التدابير غير العقابية التى تتخذ لصالح المجتمع وتقيد حـــريات الأفـــراد وحقوقهم دون ثبوت ارتكابهم لجريمة جنائية، ونرى أنها نتيجة لاشتمال شـــريعتنا على ما يسميه فقهاؤنا "الأحكام التكليفية" التى تبدأ بإصدار توجيهات أخلاقية وتربوية للأفراد قبل أن تفرض العقوبة عند مخالفة تلك الأوامر أو التكاليف الشرعية .

ويرى فقهنا أنه ليس من الضرورى أن نَعُدّ مخالفة الأحكام التكليفية جريمة جنائية دائمـــا فى جميع الأحوال، إذ يكفى فى أحوال كثيرة الجزاء الأخروى أو التكاليف التعـــبدية مـــثل الـــتوبة والكفارات أو الصيام . وهذا أمر تتسع له شريعتنا بسبب مصـــدرها الديـــنى، ولاتصل إليه "النصوص الوضعية" التى تكتفى بتقنين الجرائم وفرض العقوبات وتترك للدين الكلام عن الجزاء الأخروى .

إن وصفه للأفعال التى تبرر مثل هذه "الإجراءات الاستثنائية "بأنها"مخالفات"، وإن كـــان ينســـبه للفقه، لكننا لا نوافق عليه الآن لأنه قد يفهم منه البعض أنها تدخل ضمن إطار القوانين الجنائية التى تشمل نوعا خاصًا من الجرائم نسميه "مخالفات"، ونرى أن كـــلمة تعازير تغنى عن ذلك بشرط أن يكون معروفا أن التعازير لا تقتصر فى نطاقها على الجرائم الجنائية وإنما تشمل كل الانحرافات السلوكية التى لا تصل إلى حد الجرائم .

* * *

ميـــزة الشـــريعة الإسلامية أن المبادئ التى قررتها منذ قرون عديدة لم تصل إليها النظم العصرية إلا أخيرا فى القرن الثامن عشر الميلادى .

مازال عندنا كثير من مبادئ شريعتنا وفقهنا لم تصل إليه للآن هذه النظم، وهى مبادئ "مستقبلية" يجب على فقهائنا وباحثينا أن يقدموها للعلم الحديث لكى يقتدى بها؛ وإن كان قد عجز حتى الآن عن الوصول إليها .

ومن أهم هذه المبادئ المستقبلية: مبدأ استقلال الشريعة بسبب مصدرها الإلهى الذى يعلو على الدول وحكامها، لذلك لا بد من سيادتها على الدول وسلطاتها جميعا، وخضوع الدولـــة ورؤســـائها وحكامها لتلك السيادة. ونرى أنه يترتب على ذلك وجوب الفصل العضـــوى بـــين أهل الاجتهاد (التشريع) وجميع سلطات الدولة، وارتباط القضاء بهيئات الاجتهاد والتشريع ليكون مستقلا عن الهيئات التنفيذية لأنه أقرب للشريعة وتابع لها وليس تابعـــا للأمراء ورؤساء الدول وحكامها ... وهذه ضمانة ضرورية من أجل توسيع سلطة القضاء فى التعازير .

{ب/١١٤}

الفرع الرابع
كيف طبقت القوانين الوضعية القاعدة ؟

عوده ١١١ *القوانين الوضعية وقاعدة النص على الجريمة والعقوبة* : لم تعرف القوانين قاعدة "لا جريمة ولا عقوبة بلا نص" إلا في أواخر القرن الثامن عشر؛ لأن القاعدة وليدة الثورة الفرنسية،أما قبل ذلك فكان القضاة يتحكمون في تحديد الجرائم وتعيين عقوباتها، فيَعُدّون الفعل جريمة ولو لم يكن قد نص على تجريمه، ويعاقبون عليه بأى عقوبة شاءوا ولو لم يكن منصوصا عليها. وقد كانت هذه السلطة التحكمية هي الدافع الأول الذي دفع إلى تقرير القاعدة والعمل بها[١] ...

١١٢_ *كيف طبقت القوانين القاعدة* : والقوانين الوضعية لا تطبق القاعدة اليوم على الوجه الذي سبق أن طبقتها به يوم عرفتها، فقد كان القانون الفرنسي أول قانون طبقها، وعنه أخذت أكثر القوانين. وكان القانون الفرنسي يتشدد أول الأمر في تطبيقها تشددا عظيما، فعيَّن الجرائم تعيينا دقيقا، وجعل لكل جريمة عقوبة محددة ليس للقاضي أن يزيد فيها أو ينقص منها، فكانت مهمة القاضي منحصرة في أن يحكم بالعقوبة إذا تبين له أن المتهم مدان، وأن يحكم بالبراءة إذا لم تثبت التهمة دون أن يكون لظروف المتهم أو الجريمة أثر على العقوبة. ولم يكن للسلطة التنفيذية حق العفو ولا تخفيض العقوبة، فكانت مهمتها قاصرة على تنفيذ الحكم أيا كان ...

وقد اضطر المشرع الفرنسي إلى العدول عن هذا النظام، لا لأنه غير صالح، ولكن لعدم صلاحية الأداة التي وكل إليها تطبيقه. فالتشريع الفرنسي يأخذ بنظام المحلفين وهم أناس ينقادون لعاطفتهم أكثر مما ينقادون لعقولهم، فكانوا يقررون في كثير من الحالات أن المتهمين ليسوا مدانين، لا لأن المتهمين برءاء ولكن تحرجا من معاقبتهم بعقوبة شديدة لا يملك القاضي أن يتصرف في تطبيقها أو يخفف من شدتها، ولا تملك السلطة التنفيذية أن تخفضها أو تتساهل في تنفيذها. ومن ثم عدلت نصوص القانون الفرنسي لمعالجة هذه الحالة، فجعل المشرع لكل عقوبة حدين : حدا أدنى وحدا أعلى، وترك للقاضي أن يقدر العقوبة فيما بين هذين الحدين، كما أنه جعل لكثير من الجرائم عقوبتين، وترك للقاضي أن يحكم بهما معا أو يختار إحداهما فقط[٢] ...

---

(١) شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسي والسعيد مصطفى ص/١٠١، القانون الجنائي لعلي بدوي ص/١٠٢ القانون الجنائي لأحمد صفوت ص/٧٧ ...

(٢) شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسي والسعيد مصطفى ص/١٠٢، القانون الجنائي لعلي بدوي ص/١٠٢ وما بعدها ...

﴿عوده﴾ وقد انتقلت قاعدة "لا جريمة ولا عقوبة بلا نص" من القانون الفرنسي إلى القوانـين الوضعية الأخرى، ولكنها أخذت تتطور تحت تأثير التجربة والاختبار وحاجات الجماعة، فأعطى القضاة حق إيقاف تنفيذ العقوبة، وأعطيت السلطة التنفيذية الحق في العفو عن العقوبة أو تخفيفها، وحق الإفراج تحت شرط، واستحدث نظام العقوبة غير المحدودة.

ومـع أن القاعدة تطورت هذا التطور الكبير، فإن شراح القانون الوضعي يرون أن القاعدة ظلت محترمة، وأن هذا التوسع لا يخل بشرعية العقوبة مادام أن هذا التوسع جاء طبقا لنصوص القانون، ومادام أن القضاة يستعملون سلطة خولهم الشارع إياها مقدما..

ولقـد جاء التساهل في تطبيق القاعدة من ناحية العقوبة، وبقيت القاعدة سليمة محـترمة زمنا طويلا فيما يختص بتعيين الجريمة. حتى إذا جاء القرن العشرون أخذت القاعدة كلها تصبح محلا للانتقاد، وهاجمها الكثيرون من الشراح بحجة أنها لا تصلح لمواجهـة الضرورات الاجتماعية، وأنها تؤدي إلى ضياع مصلحة الجماعة. ذلك أن نصوص القوانين الجنائية تقصر دائما عن تناول كل ما يخل بنظام الجماعة وصوالحها، وأن المجرمين يتفننون في الهرب من الوقوع تحت سلطان النصوص، ثم يعبثون ما شاءوا بمصـالح الأفراد والجماعة ونظامها، وهم آمنون من العقاب. فإذا استصدرت قوانين لـتحريم الأفعـال الجديدة التي أدى ارتكابها للعبث بالمصلحة العامة، عاد المجرمون يعملون على التهرب من نصوصها القاصرة، وعادوا إلى جرائمهم آمنين من العقاب.

وقـد كـان لهذا الانتقاد أثره العملي، فبدأت بعض الدول الكبرى تخرج على القاعدة من جديد فيما يختص بتعيين الجريمة وتحديد العقوبة معا، كالتشريع الألماني الصادر في سنة ١٩٣٥ حيث خول القاضي، إذا عرض عليه فعل يمس المجتمع الألماني دون أن يكـون قد ورد فيه نص جنائي خاص، أن يَعُدّ هذا الفعل جريمة ويوقع على مرتكـبيه عقوبة "المادة الثانية من القانون الجنائي الألماني". وكالقانون الإيطالي، فإنه تـرك للقاضـي في بعـض الأحوال تعديل تنفيذ العقوبة من حيث مدتها وأسلوبها، وكالقـانون السـوفييتي الـذي خـرج عن القاعدة منذ سنة ١٩٢٦م، وكالقانون الدانمـركي الـذي أبـاح العقـاب على أي فعل يمكن قياسه على فعل آخر محرم، ولا نذكـر القانون الإنجليزي الذي يأخذ بنظام يشبه نظام التعازير في الشريعة. ولم يقتصـر الأمر على ذلك، بل بدأ علماء القانون الجنائي يناقشون المبدأ في مؤتمراتهم العامـة، بعد أن كان فوق المناقشة، توصلا إلى معرفة مدى حاجة المجتمع إليه، ومدى

〈عوده〉 عجز المبدإ عن حماية صوالح الجماعات، وقد عرض هذا الموضوع على المؤتمـــر الدولي الرابع لقانون العقوبات في سنة ١٩٣٧، ولكن المؤتمر قرر الإبقاء على القاعدة ...

ويـــتجه العلماء والشراح الآن إلى الخروج على القاعدة من وجهين : فمن ناحية الجـــريمة، يـــرون الاكتفاء بتعيين الأفعال المحرمة تعيينا عاما، بحيث يدخل تحت النص الواحد أكثر من حالة واحدة، وبحيث لا يستطيع المجرم أن يفلت من هذا النص العام المـــرن. ومن ناحية العقوبة، يرون الاكتفاء بتحديد الحد الأقصى للعقوبة دون الحد الأدنى، ليكـــون للقاضي سلطة واسعة في تطبيق العقوبة. بل يرى بعض كبار العلماء الجـــنائيين أن يـــترك تحديد العقوبة "نوعا ومقدارا" إلى اختيار القاضي وتقديره حتى تكون العقوبة محققة للغاية من تشريعها[1] ...

(١) الموســـوعة الجـــنائية ج/٥ ص/٥٥٢ وما بعدها، القانون الجنائي لعلي بدوي ص/١٠٣، شرح قانون العقوبات لدكتورين كامل مرسي والسعيد مصطفى (ص/ ١٠٢ : ١٠٤) ...

❁ 111، 112 – التعازير سبقت القوانين الوضعية إلى جميع ما استحدثته أخيرا – بما فى ذلك توسيع سلطة القضاء :

بعـــض التطورات التى توصلت لها النظم الاجتماعية والتشريعية الوضعية حتى الآن – مـــثل توسيع سلطة القاضى بوضع حد أدنى وحد أعلى للعقوبات؛ ونظام الظروف المخففة؛ ووقف تنفيذ العقوبات؛ أو مبدإ العقوبة غير محددة المدة ... فضلا عن تدابير الوقاية؛ والسجون المفتوحة – قد اتسعت له مبادئ شريعتنا وفقهنا وسبقتهم فى الماضى بتشريع التعازير، التى تتسع لكل ما يطرأ فى المستقبل من تطورات ...

مضى عهد الصورة المتطرفة التى ابتدعتها الثورة الفرنسية، التى كانت تجعل القضاء مجـــرد آلـــة لـــلحكم بعقوبة مفروضة ومحددة بحد واحد، دون أى اعتبار لاختلاف ظـــروف المـــتهمين أو ظروف الجريمة ذاتها، بحجة أن المساواة بين الناس توجب توحيد العقوبـــة عـــلى الجميـــع، بعد أن ظهرت نتائج سيئة لهذه "المساواة الحسابية". واتجهت التشريعات الوضعية إلى المرونة على خطوات، منها أنه جعل لكل جريمة عقوبة ذات حد أقصـــى وحد أدنى، ولم يكتف بذلك بل فتح باب النزول عن الحد الأدنى فى الجنايات فى حالة توافر ظروف قضائية تستدعى التخفيف فى نظر القاضى.

وبعـــد ذلك، استحدثت القوانين الوضعية مبدأ تخفيف العقوبة بوقف تنفيذها مما يجعل الحكـــم مجـــرد جزاء تهديدى لا ينفذ إلا إذا ارتكب المحكوم عليه جريمة أخرى فى فترة معينة.

وقـــد أضافت التشريعات الوضعية بعد ذلك مبدأ الإفراج تحت شرط لتشجيع المحكوم عليهم على تحسين سلوكهم فى أثناء تنفيذ العقوبة المحكوم بها .

وأخيرا قررت ما يسمى بالعقوبة غير محددة المدة، لكى يكون انتهاء العقوبة بقرار من القاضى حسبما يراه من استقامة المحكوم عليه وتوبته .....

ثم إن بعض القوانين الوضعية زادت فى توسيع سلطة القاضى حتى إنها منحته الحق فى الحكم بالعقوبة على أفعال لا يوجد نص صريح بشأنها، متى تبين له أنها تهدد أمن المجتمع .. كل ذلك اتسع له مبدأ التعازير فى شريعتنا قبلهم .

ويســـتخلص من ذلك أن تلك القوانين وصلت فى بعض البلاد إلى ما يقرب من مبدإ حق القاضى فى التعزير الذى قررته الشريعة الإسلامية، ولكنهم لم يصلوا إليه إلا بعد قرون طويلة وتطورات عديدة .

{١١٨/ب}

﴿عوده﴾ ١١٣ـ بين الشريعة والقانون : ظاهر مما سبق أن كلا من الشريعة والقوانين الوضعية توجب ألاّ تكون جريمة ولا عقوبة بلانص، ولكن الشريعة تختلف عن القوانين في تطبيق هذه القاعدة من عدة وجوه :

أولا : من حيث تاريخ تطبيق القاعدة : طبقت الشريعة الإسلامية القاعدة قبل أن تعرفها القوانين الوضعية وتطبقها باثنى عشر قرنا على الأقل، فالقوانين الوضعية لم تأت بشيء جديد، وإنما أخذت النظرية التي ابتكرتها الشريعة ...

ثانيا : من حيث التطبيق بصفة عامة : يختلف تطبيق القاعدة في الشريعة باختلاف نوع الجرائم التي تطبق عليها، ففي الجرائم الخطيرة التي يتأثر بها أمن الجماعة ونظامها تأثرا شديدا تتشدد الشريعة في تطبيق القاعدة تشددا تاما، فتدقق في تحديد الجريمة وتعيين العقوبة، وهذا هو المتبع في جرائم الحدود، وفي جرائم القصاص والدية. وفي الجرائم الأقل خطورة، وهى جرائم التعازير بصفة عامة، تتساهل الشريعة في تطبيق القاعدة من ناحية العقوبة، فتجعل لجرائم التعازير كلها مجموعة من العقوبات، وتترك للقاضي أن يختار من بينها العقوبة الملائمة. وفي جرائم التعازير المقررة للمصلحة العامة تتساهل الشريعة في تطبيق القاعدة من ناحية الجريمة، وتكتفي بوضع نصوص عامة جدا يدخل تحتها أي فعل يمس المصلحة العامة والنظام العام. فكأن الشريعة تطبق القاعدة بثلاث طرق، لكل نوع من الجرائم طريقة خاصة تلائمه وتلائم مصلحة الجماعة والأفراد ...

أما القوانين الوضعية فتطبق القاعدة بطريقة واحدة على كل الجرائم، ولعل هذا هو علة النتائج السيئة التي ترتبت على تطبيق القاعدة. ففي أول الأمر طبقت القوانين الوضعية الطريقة الأولى التي خصصتها الشريعة للجرائم الخطيرة، على كل الجرائم التي يعاقب عليها القانون، فكان التعميم في التطبيق سببا في تحرج المحلفين والقضاة من الحكم بعقوبة شديدة في جريمة غير خطيرة، وفي تبرئة كثير من القضايا. ثم عدلت القوانين الوضعية عن هذه الطريقة وأخذت بطريقة الشريعة الثانية مع تضييق سلطة القاضي في اختيار العقوبة وتحديدها، ولكنها طبقت هذه الطريقة أيضا بصفة عامة، فكان من نتيجة هذا التعميم أن كثر وقوع الجرائم الخطيرة وصارت تزيد عاما بعد عام؛ لأن القضاة يعاقبون عليها بعقوبات بسيطة، مستعملين سلطتهم في اختيار العقوبة وتقديرها. وهذه الطريقة هى المتبعة الآن في معظم القوانين الوضعية، إلا أن بعض القوانين الوضعية كالقانون الألماني والقانون الدانمركي أخذت أيضا بطريقة الشريعة الثالثة في بعض الجرائم فكأنها تطبق الطريقتين الشرعيتين الثانية والثالثة ...

(عوده) ولاشك فى أن نظرية الشريعة الإسلامية في تطبيق القاعدة أكثر دقة ومرونة وأقرب إلى حاجات الجماعة، وأكفل بحماية الأمن والنظام، كما أن فيها العلاج الناجع لما ظهر من عيوب في تطبيق القاعدة بطريقة واحدة على كل الجرائم ...

ثالثا : من حيث الجريمة : تراعى الشريعة كقاعدة عامة عندما تحدد الجريمة أن يكون النص عاما، ومرنا إلى حد كبير، بحيث ينطوي تحته كل ما يمكن تصوره من الحالات، ولا يخرج عن حكمه اى حالة. والشريعة تضيق من دائرة هذا التعميم [1] إلى حد ما في جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية، أما فيما عداها فالتعميم في النص يأخذ حده كما هو الحال في المعاصي التي يعزر فيها، مثل قوله ﷺ: ﴿ولا تجسسوا﴾ [الحجرات: ١٢]، تحريما لجريمة التجسس، ومثل قوله: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ [البقرة: ٢٧٥]، ومثل قوله: ﴿وأوفوا الكيل﴾ [الأنعام:١٥٢، الإسراء: ٣٥]، ومثل قوله : ﴿لا تخونوا الله والرسول وتخونوا أماناتكم﴾ [الأنفال: ٢٧]. وفي التعزير المقرر للمصلحة العامة يصل التعميم والمرونة إلى حد تحريم الفعل بوصفة لا بذاته،-٦٧- بحيث لا يمكن معرفة ما إذا كان الفعل جريمة أو غير جريمة إلا بعد أن يقع. وقد كان لعموم النصوص ومرونتها أثرها البالغ في صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان، واستغنائها عن التعديل والتبديل.

أما القوانين الوضعية، فالأصل فيها أن تحدد الجريمة، وتعينها تعيينا دقيقا، وتبين أركانها الأساسية التي لا تقوم بغيرها، ومن ثم كانت الأفعال التي يمكن أن تدخل تحت أي نص محدودة، وكانت كل حالة جديدة تقتضي تغييرا في النصوص، وكان من السهل التحايل على النصوص والتهرب من أحكام قانون العقوبات. ولعل هذا هو الذي دعا علماء القانون الآن إلى أن يفكروا في أن تكون النصوص عامة ومرنة، لدرجة تسمح بأن تحكم كل الحالات، وهذا الذي يقول به علماء القانون اليوم هو الأساس الذي قامت عليه الشريعة الإسلامية.

رابعا : من حيث العقوبة : القاعدة العامة في الشريعة هي أن ينص على عقوبة الجريمة بحيث تتعين العقوبة تعيينا لاشك فيه، وبحيث لايكون للقاضي أن يخلق عقوبة من عنده. وقد فرقت الشريعة بين الجرائم، التي تمس أمن الجماعة ونظامها مساسا شديدا، وبين غيرها من الجرائم. والقسم الأول هو جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية، والقسم الثاني هو جرائم التعزير بأنواعها المختلفة. ففي جرائم القسم الأول لكل جريمة عقوبة أو عقوبات معينة

(الصدر) تعليق "رقم-٦٧-": بل قد يعاقب مع عدم الحرمة أصلا محافظة على المصلحة العامة، كما مر عليك قريبا ...

---

(١) إذا لم يكن التضييق ظاهرا في النصوص المحرمة للجريمة، فإنه ظاهر في بقية النصوص الأخرى التي تحكم الجريمة، فالسرقة جاء نصها عاما ولكن دائرة هذا التعميم ضيقت بما وضعه الرسول من قيود، كاشتراط الحرز واشتراط أن لا يكون الثمر مطلقا وغير ذلك ...

(عوده) لاخيـــار للقاضي في توقيعها، وهو ملزم بالحكم بها متى ثبت لديه أن الجاني ارتكـــب الجــريمة. أما في القسم الثاني، فقد عينت الشريعة مجموعة من العقوبات لجرائم التعازير بأنواعها،-٦٨- وتركت للقاضي أن يختار العقوبة الملائمة أو أكثر من عقوبة، كما تركت له أن يقدر العقوبة من بين الحد الأعلى والحد الأدنى للعقوبة إذا كانت ذات حدين، وأن يوقف تنفيذ العقوبة أو يمضيها طبقا لمايراه ملائما لحال المجرم ولظروف الجريمة.

أمـــا القوانين الوضعية فتحدد لكل جريمة عقوبة واحدة هى في الغالب ذات حدين، أو تحـــدد لكل جريمة عقوبتين كلتاهما ذات حدين، وتترك للقاضي أن يوقع العقوبتين أو عقوبة واحدة، وأن يقدر العقوبة من بين الحد الأدنى والأعلى للعقوبة، وله أن يوقف تنفيذ العقوبة بشـــروط معيـــنة، وله أن يمضيها. وفي كثير من الجرائم تشترط القوانين الوضعية ألاّ تنزل العقوبـــة عـــن حـــد معين، كما أنها تمنع إيقاف تنفيذ العقوبة، والغالب أن يكون ذلك في الجـــرائم الخطيرة. وظاهر من هذا أن سلطة القاضي في القوانين الوضعية أضيق بكثير من سلطة القاضي في الشريعة. فالقاضي الذي يطبق القانون الوضعي مقيد بتطبيق العقوبة الـــتي حددهـــا القانون إذا كانت عقوبة واحدة، ولا يستطيع أن يختار إلا بين عقوبتين إذا أعطـــى حق الاختيار، وليس له في كثير من الأحوال أن ينزل بالعقوبة عن حد معين، وليس له أن يوقف التنفيذ في كثير من الجرائم، وهو بالتالي لا يملك السلطان الكافي الذي يساعده على معالجة المجرم والإجرام علاجا يتفق مع المصلحة العامة. وقد رأى كثير من كبار العلماء أن عـــلاج هذه الحالة لا يتأتى إلا إذا أمكن القاضي من اختيار العقوبة نوعا ومقدارا، وهذا لا يتأتى إلا إذا كان له أن يطبق مجموعة من العقوبات. فإذا أخذ بهذا الرأي الذي ينادي به كـــبار العلماء اليوم، فإن القانون يصبح مثل الشريعة فيما يتعلق بجرائم التعازير وعقوباتها. وظاهر كذلك من منع القاضي من إيقاف التنفيذ في الجرائم الخطيرة، ومن عدم السماح له بـــأن ينزل بالعقوبة عن حد معين، ومن تحديد عقوبة أو عقوبتين لكل جريمة، ظاهر من هذا أن القوانين تأخذ بمبدإ الشريعة في جرائم الحدود والقصاص ولكن إلى حد محدود ...

وليـــس يهمنا أن تكون القوانين الوضعية مخالفة للشريعة الآن في بعض الحالات. فقد كانت تخالفها في كل شيء حتى أواخر القرن الثامن عشر. وإنما يهمنا أن نعلم أن القانون الوضعي بدأ بعد ذلك يسير وراء الشريعة، ويأخذ بمبادئها، ويطبق نظرياتها، وأن مـــا يطلـــبه علماء القانون أن يتحقق في القانون هو نفس ما تأخذ به الشريعة، وما تقوم عليه، وأن في ذلك لذكرى للذاكرين ...

(الصدر) تعـــليق "رقـــم-٦٨-": وعـــلى القاضي أن يختار ما يكون سببا لردع المجرم وزجر سواه، وقد اشترط بعض فقهاء المذهب الجعفري ألاّ يصل إلى مقدار أحد الحدود الشرعية ...

(الشاوى) رأينا فى "تعليق-٦٨-" :يكرر السيد الصدر ما قاله قبل ذلك من أن الجزاء التعزيري لا يجوز أن يصل إلى مقدار الحد الشرعي في نظر بعض فقهاء المذهب الجعفري ...

113- فى شريعتنا مبادئ مستقبلية لم تصل لها القوانين الوضعية حتى الآن:

مـــا تتصـــف به أحكام شريعتنا من مرونة، تشهد به التفرقة بين الجرائم الخطيرة والجـــرائم الأقـــل خطورة. وقد خصصت للجرائم الخطيرة عقوبات الحدود، وهى عقوبات حدية بشروط معينة؛ وكذلك الجرائم الماسة بسلامة جسم الإنسان وحياته التى يطبق فيها مبدأ القصاص بشروط معينة، يضاف لذلك تفويض الأمة وممثليها من أهـــل الاجـــتهاد لتقنين التعازير وفرض جزاءات أو إجراءات "تعزيرية" على من يرتكـــبها، فضـــلا عـــن أن الـــتعازير تشمل التدابير القضائية التى تخرج عن نطاق العقوبـــات ولكن تستلزمها مصلحة المجتمع بشرط أن يبقى تحديد حالاتها وشروطها من حق الجهة القضائية المختصة بها .

هـــذه الـــتفرقة وهـــذا التـــنوع والتفاوت فى المعاملة أفضل مما تسير عليه القوانين "الوضعية" من الالتزام بقاعدة موحدة عامة التطبيق فى جميع الحالات، مما يؤدى بأهلها إلى ضـــرورة تغيير القواعد والقوانين والنظم كلما جَدّت تطورات تقتضى ذلك – والدليل على ذلك أنها استحدثت تدابير الوقاية، ووقف التنفيذ، والظروف المخففة ... إلخ.

وهنا نسجل ميزة شريعتنا فى أنها تبدأ بالأوامر والنواهى التكليفية وتربط بها تحديد الجـــرائم والمعاصى، وتجيز التعزير عند مخالفة ما تتضمنه شريعتنا من أوامر ونواه تبين الحلال والحرام، والمستحب والمكروه، وقد ذكر أمثلة منها لا مكان لها فى "القوانين الجنائية المعاصرة" ....

إنه على حق فى تذكيرنا بأن اختلاف أحكام شريعتنا عما وصلت إليه القوانين الوضعية حـــتى الآن يؤكد أنها تسبقها فى كثير من المبادئ، وأن بعض مبادئها لم تصل إليها القوانين الوضعية، وأنه واثق بأن القوانين سوف تستفيد من تلك المبادئ فى المستقبل.

ومـــن أهـــم ميزات شريعتنا التى لم تصل إليها القوانين العصرية، النص على معاملة خاصـــة زاجرة ورادعة بتقرير عقوبات بدنية للجرائم التى تهدد المبادئ الأساسية الثابتة الـــتى يقوم عليها المجتمع، مثل جعل الزواج الشرعى وحده هو المبيح للعلاقات الجنسية بـــين الرجل وزوجته وتحريم كل تجاوز عن ذلك بحسبانه زنا وفاحشة، ومثل قداسة حق الإنســـان فى حياته وسلامة بدنه ... وحماية العقل من السكر والتخدير، وحماية المال من السرقة ... وهكذا ... على أن يتمتع الفقه والقضاء بسلطة واسعة فيما عدا ذلك .

لكننا لا نوافق على قوله بأن التعزير للمصلحة العامة يصل إلى حد أنه لا يمكن معرفة ما إذا كان الفعل جريمة أو غير جريمة إلا بعد أن يقع (ص ب / 111) لأنه يؤدى إلى تقييد

❁ أهلية القضاة ونزاهتهم واستقلالهم شرط لتطبيق مبادئ الشريعة التى توسع اختصاصاتهم :

مبدإ شرعية الجرائم والعقوبات الذى بذل هو جهدا كبيرا فى إثبات أنه أصل من أصول شـريعتنا المقـررة بنصـوص قرآنية عديدة. ويكفى فى نظرنا القول بأن تحديد الفعل المعـاقب عليه من حق أولياء الأمر من المجتهدين وأهل الاجتهاد سواء كانوا فقهاء أو قضاة، لكن هذا التحديد يجب أن يكون سابقا على وقوع الفعل لا بعد أن يقع ...

أما إشارته إلى اشتمال شريعتنا على أحكام تكليفية تتضمن أمرا أو نهيا – مما لا تصل إليه القوانين الوضعية – فهذه ميزة يجب أن نعتز بها فى شريعتنا لأنها ليست مجرد نصوص جـنائية، بل هى فى الأصل منهج إصلاح للنفوس والمجتمعات عن طريق إرشاد الناس إلى طريق الاستقامة والصلاح، وأنها شريعة دينية بمعنى أن الجزاء الأخروى هو الأصل العام، وأن ضـمير الفـرد المؤمـن بالحساب يوم القيامة هو الذى يفرض عليه التزام الطريق المسـتقيم ويمنعه من الانحراف، وأن الجزاءات الجنائية رغم أهميتها إلا أن أثرها ونطاقها أضيق بكثير من نطاق الجزاء الأخروى والحساب الإلهى يوم الدين .

ومـبدأ توسـيع سلطة القاضى فى التعازير محمود وضرورى، ولكن أهم منه كفاية القاضـى وصلاحه واستقلاله حتى لا يكون جلادا يأتمر بأمر المستبدين والطغاة الذين يفرضـون سـلطانهم بغير طريق الشورى ولا يلتزمون بمبادئ الشريعة وأحكامها . وإذا كـان هو لم يشر لذلك فلأن هذا أمر بديهى فى نظره، لكننا أمام المصير الذى انتهى إليه هـو وكـثير من دعاة الإصلاح والهداية من المحاكمة أمام محاكم من عملاء السلطة وأعوانهـا الذين لا أهلية لهم ولا أمانة ولا عدالة ولا استقامة، هذا الذى حدث وما زال يحـدث مـثله فى بـلاد كثيرة يوجب علينا التذكير بهذا المبدإ البديهى، وهو عدم إسـباغ وصف القضاء أو المحاكم على هيئات خاضعة لذوى السلطان خصوصا من اغتصبوا السلطة وفرضوا استبدادهم على الناس بالقوة والتهديد أو التزوير.

لا شـك فى أن عـذره أنه يتكلم عن القانون لا عن القضاء، وأنه لم يكن يتوقع المصـير المؤلم الذى انتهى إليه بمحاكمة هزلية ومحاكم استثنائية تضم أشخاصا بعيدين عن الاستقلال والنزاهة بل والأهلية والكفاءة .

المبحث الثاني
فى أدلة الأحكام الشرعية
أى مصادر التشريع الجنائى

(عوده) ... ١١٤ - *مصادر التشريع الإسلامى بصفة عامة* :

من المتفق عليه-٦٩- بين جمهور الفقهاء أن مصادر التشريع الإسلامى أربعة :

١ القرآن ٢ السنة ٣ الإجماع ٤ - القياس.

ويعبر الفقهاء عن المصادر التشريعية بأنها الأدلة التى تستمد منها الأحكام. ومن المتفق عليه أيضا أن الحكم الذى يدل عليه واحد من هذه الأدلة الأربعة هو حكم واجب الاتباع.

ويرتب الفقهاء-٧٠- الأدلة والاستدلال بها طبقا للترتيب الذى ذكرناه. فالمصدر الأول للشريعة هو القرآن، والمصدر الثانى هو السنة، والمصدر الثالث هو الإجماع، والمصدر الرابع هو القياس، فإذا لم يوجد حكم الواقعة فى القرآن رجع إلى القياس .

(الصدر) تعليق "رقم-٦٩-": لا اتفاق على ما ذكره المؤلف، لأن المصدر الرابع للتشريع عند فقهاء المذهب الجعفرى هو العقل لا القياس.

(الشاوى) رأينا فى "تعليق-٦٩-": قوله إن فقهاء المذهب الجعفرى يَعُدون المصدر الرابع للتشريع هو العقل لا القياس يؤيد ما ذهبنا إليه من ضرورة التوسع فى القياس فى عصرنا والعصور التالية، فلا يقتصر على استنباط حكم فرعى قياسا على حكم فرعى منصوص عليه بل يشمل استنباط الحكم من نظرية عامة مستمدة (عقلا) من حكم فرعى أو عدة أحكام فرعية ورد بشأنها نصوص فى الكتاب والسنة. ثم إن القياس بجميع أنواعه هو استعمال للعقل، فلا داعى للاعتراض عليه، وإنما يحسن التوسع فيه، بحيث يصبح هو الاجتهاد بجميع صوره ووسائله التى تشمل جميع المصادر المختلف عليها مثل المصالح المرسلة والعرف والاستحسان ... كما أنه بمعناه الواسع هو أساس استنباط الأحكام الفرعية من النظريات التشريعية .

(الصدر) تعليق "رقم-٧٠-": لا ترتيب بين الأدلة بنظر فقهاء المذهب الجعفرى. ويترتب على ذلك أن ورود حكم الواقعة فى القرآن الكريم لا يمنع من الاستدلال ببقية الأدلة الثلاثة إن ذكر فيها حكم الواقعة إثباتا أو نفيا، إذا كان أخص من القرآن الكريم فيكون مخصصا للقرآن إن كان الدليل القرآنى الدال على حكمه بالعموم وكان موضوعا للدلالة على شمول جميع الأفراد، ويكون الدليل الغير القرآنى مقيدا للدليل القرآنى إن كان الدليل القرآنى يدل عليه =

〈عوده〉 وهناك مصادر أخرى للشريعة مختلف عليها، فيراها البعض مصادر تشريعية أحكامها ملزمة، ولا يراها البعض الآخر كذلك، والمصادر المختلف عليها هي-٧١-: الاستحسان، والاستصحاب، والمصلحة المرسلة، والعرف، وشرع من قبلنا، ومذهب الصحابي .

= بالإطلاق بأن كان الدليل القرآني دالا على حكم الطبيعة وكان شاملا لجميع الأفراد لولا التقييد، ويكون الدليل الغير القرآني الأخص مقيدا للدليل القرآني وكذا الكلام بالنسبة إلى السنة وما بعدها من الأدلة وكذا الكلام بالنسبة إلى الإجماع والعقل .

[الشاوى] رأينا فى "تعليق-٧٠-": بأن فقهاء المذهب الجعفرى يرون أن الأدلة جميعها يمكن الاستدلال بها على تخصيص نص عام فى القرآن الكريم أو غيره من المصادر – لا نرى أن ذلك يستلزم إنكار مبدإ إعطاء الأولوية للقرآن الكريم، ولا مبدأ ترتيب الأدلة عموما .

[الصدر] تعليق "رقم-٧١-": الرأى السائد بين فقهاء المذهب الجعفرى عدم الاعتماد على المصادر المختلف عليها إلا الاستصحاب، ومن مصاديقه استصحاب شرع من كان قبلنا، فإننا إنما نرجع إلى شرع من كان قبلنا باستصحابه إلى أيامنا إذا شككنا فى حكم من الأحكام ولم يكن عليه دليل فى شريعتنا وعرفنا حكمه فى الشريعة السالفة فإنا نستصحب حكمه فى الشريعة السابقة إلى أيامنا .

[الشاوى] رأينا فى "تعليق-٧١-": إننا نرى أن جميع الأدلة الأخرى المختلف عليها (مثل الاستحسان والمصالح المرسلة والعرف ومذهب الصحابي بل الاستصحاب وشرع من قبلنا) كلها تدخل فى نطاق الاجتهاد أو القياس أو الاستدلال العقلي، ولذلك فهى ليست ملزمة بذاتها فى نظرنا إلا إذا رأى أهل الاجتهاد الاسترشاد بها وبهذا لا نرى داعيا للتفرقة بينها والاقتصار على استصحاب شرع من قبلنا كما يقول السيد الصدر فى التعليق رقم -٧١- .

وقد قلنا إننا لا نرى داعيا للتفرقة بين"العقل" والقياس بمعناه الواسع، لأنهما فى الواقع تعبير عن "الاجتهاد" بمعناه الواسع الذى يشمل جميع المصادر المختلف عليها ويغنى عنها.

{ب/١٢٥}

114 - مصادر التشريع كلها أساسها الكتاب والسنة :

لقد توسع فقيهنا فى عرضه لمصادر التشريع[1] واستنباط الأحكام منها بطريق القياس أو الاجتهاد أو مجرد التفسير، وهو موضوع يدخل فى نطاق علم أصول الفقه أو علم التفسير .

لكننا لانلومه على ذلك ما دام قد اتجه فى بداية كتابه إلى بناء نظريات عامة على أساس نصوص الوحى الإلهى فى القرآن؛ والوحى غير المباشر فى السنة النبوية؛ فكان لابد أن يعطى أهمية قصوى لهذين المصدرين وما يتفرع عنهما من اجتهاد (قياس)، وإجماع.

وقد لاحظ بحق أن النصوص المتصلة بالوحى (القرآن والسنة) هى الأصل الملزم، حتى إن ما يستنبطه الاجتهاد أوالإجماع لابد أن يكون له سند منهما - فهما فى الواقع متفرعان من هذه النصوص ومرتبطان بهما، وهذا هو سبب الشك الذى يوجد لدى الذين لايرون عَدّهما مصدرين مستقلين عن الكتاب والسنة .

ونحن نرى أن القياس يتسع لكل صور الاجتهاد - الذى هو استعمال العقل والرأى، وأن ما سماه "مصادر مختلف عليها" مثل الاستحسان، والاستصحاب والمصلحة المرسلة والعرف وشرع من قبلنا ومذهب الصحابى، كلها تدخل فى نظرنا فى نطاق الاجتهاد، لأن أهل الاجتهاد هم الذين يستطيعون تقدير الشروط اللازمة لوجود كل منها ومدى اتفاقه مع مقاصد شريعتنا ومبادئها وتحديد مدى الالتزام به.

وقد أشار أستاذنا الشيخ/ محمد أبو زهرة[2] - فى كتابه "العقوبة" إلى الخلافات فى الفقه بين من يرون القياس "للمصلحة" - ومن لا يحكمون إلا بالقياس على النصوص ولا يجتهدون فى الرأى إلى تعرُّف المقاصد العامة والأخذ بها. وتعرُّف المقاصد العامة هو ما يعبر عنه بالتنظير الذى أشرنا إلى أن الضرورة تستدعى الأخذ به فى الحاضر والمستقبل لتوسيع نطاق استنباط الأحكام اللازمة لما يستجد من مسائل وقضايا استحدثتها تطورات المدنية الإنسانية .

وإذا كانت النصوص السماوية فى الكتاب والسنة ذاتها قد تحتمل التأويلات والتفسيرات المتعددة إذا لم تكن قطعية الورود والدلالة، فإن ما يدخل فى نطاق هذه الطرق المختلف عليها يحتمل ذلك من باب أولى، والذى يقدر على القيام بذلك هم أهل الاجتهاد.

---

(1) تضمن هذا البحث (76) بندا (من رقم 114 إلى 190) .

(2) راجع كتابه عن العقوبة (بند 22 ص 30).

‹عوده› ١١٥ ـ *مصادر التشريع الجنائي الإسلامي*: مصادر التشريع الجنائي فيما يختص بالإجراءات الجنائية هي نفس المصادر التي سبق الكلام عليها مع مراعاة أن بعضها متفق عليه والبعض مختلف عليه .

أما مصادر التشريع الإسلامي الجنائي المقرر للجرائم والعقوبات فأربعة فقط، منها ثلاثة متفق عليها، وهي : ١ – القرآن . ٢ – السنة . ٣ – الإجماع .

أما الرابع فهو القياس، وقد اختلف فيه الفقهاء-٧٢-، فرأى البعض أنه مصدر تشريعي جنائي، ورأى البعض أنه ليس مصدرا في تقرير الجرائم والعقوبات .

ويجب أن نلاحظ الفرق المهم بين القرآن والسنة من ناحية وبين غيرهما من المصادر من ناحية أخرى. فالقرآن والسنة هما أساس الشريعة، وهما اللذان جاءا بنصوص الشريعة المقررة للأحكام الكلية. أما بقية المصادر، فهي لا تأتي بأسس شرعية جديدة، ولا تقرر أحكاما كلية جديدة، وإنما هي طرق للاستدلال على الأحكام الفرعية من نصوص القرآن والسنة، ولا يمكن أن تأتي بما يخالف القرآن والسنة، لأنها تستمد منهما وتستند إلى نصوصهما .

‹الصدر› تعليق "رقم-٧٢-": مر عليك قريبا أن القياس ليس من مصادر التشريع عند فقهاء المذهب الجعفري ولا يعتمدون عليه ما لم يحصل العلم عندهم بالحكم الشرعي فإن العلم من أي سبب حصل فهو حجة كما عرفت سابقا .

إن المصدر الرابع عند فقهاء المذهب الجعفري هو العقل، وهو عبارة عن إدراك العقل لملاكات الحكم الشرعي ولا مجال له في التشريع الجنائي إذ لا مجال للعقل في تفهم ملاك الأحكام الجنائية الشرعية .

‹الشاوي› رأينا في "تعليق-٧٢-": يشير السيد الصدر إلى أنه لا مجال للعقل في تفهم ملاك الأحكام الجنائية. وهذا قول يحتاج إلى توضيح، فهو مقبول إذا كان قد قصد به أن النصوص المقررة للجرائم والعقوبات – سواء كانت نصوصا شرعية في الكتاب أو السنة، أو نصوصا فقهية في التقنين أو فتاوى المجتهدين والأئمة لا يجوز التوسع في تطبيقها لأنها نصوص استثنائية؛ فهذا مبدأ أكدناه مرارا.

ولاشك في أن هذا المبدأ أكثر لزوما في نطاق عقوبات الحدود والقصاص، التي قلنا دائما إنها عقوبات استثنائية، لأن الأصل هو التعازير في جميع الجرائم .

وفي نطاق التعازير، نرى أن السيد الصدر قد أيد ما قاله فقهاؤنا من أنه يجوز التعزير للمصلحة العامة – حتى ولو لم يكن الفعل الضار بالمصلحة العامة معصية شرعية – ونحن لا نرى أنه يمكن تقرير المصلحة العامة دون استعمال العقل لتقدير هذه المصلحة ومشروعيتها طبقا للنظريات التشريعية ومقاصد الشريعة السامية. وكل ذلك يحتاج إلى اجتهاد بالمعنى الواسع لهذا الاصطلاح.

❁ 115 – نصوص القرآن والسنة هي الأساس :

يسرنا أنه يؤكد ما قاله دائما من أن الكتاب والسنّة هما الأصل الأصيل كمصادر إلهية أو سماوية لا بد أن ينتسب إليها كل ما يتوصل إليه بطريق المصادر الاجتهادية أو القياسية أو العقلية التى يجمعها الاجتهاد والإجماع عن طريق التزامهما بسند شرعى لما يستنبطه الفقه من أحكام .

كما نوافق على قوله إن الكتاب والسنة هما مصدر الشريعة (بالمعنى الضيق) وإنهما المرجع فيما يسميه الأحكام الكلية، أى المبادئ العامة أو النظريات . ونضيف إلى ذلك أن ما ورد فيهما من نصوص إذا كانت تضع أحكاما فرعية فى مسائل معينة فلا يجوز أن نكتفى بذلك؛ بل يجب عَدّها مؤشرات لاستنباط نظريات عامة تتخذ منبعا للأحكام المستحدثة بوسائل الاجتهاد بأوسع معانيه عن طريق التنظير الذى نحن فى أشد الحاجة إليه فى عصرنا والعصور القادمة .

نحن نعد أنّ القياس يتسع لكل صور الاجتهاد، أو أنه بالأصح الصورة الأولى منه. وكلمة الاجتهاد فى نظرنا تتسع لجميع المصادر المختلف عليها (المشار إليها فى البند السابق) وأولها هو القياس ... وهو أيضا مختلف عليه – وإن كنا نرى أنه يتسع لاستنباط الأحكام الفرعية من النظريات التشريعية العامة .

الفرع الأول

القرآن

‹عوده› ١١٦ ـ *القرآن* : هو كتاب الله المنزل على رسوله محمد صلى الله عليه وسلم، وهو المدون بين دفتى المصحف المبدوء بسورة الفاتحة المختوم بسورة الناس .

١١٧ ـ *نصوص القرآن قطعية*: وقد نقل القرآن إلينا بطريق التواتر كتابة ومشافهة، والتواتر يفيد الجزم والقطع بصحة المنقول، ومن ثم كانت نصوص القرآن قطعية الورود. فمن المقطوع به أنها وردت إلينا عن الرسول كما أنزلت عليه من ربه، لأنها نقلت إلينا عن الرسول بطريق التواتر كتابة ومشافهة. والنقل بطريق التواتر يفيد القطع واليقين. فقد كتب القرآن عن الرسول جماعة من كتاب الوحى، وحفظه جمع من الصحابة لا يمكن أن يتواطئوا على الكذب، ونقله عن هذه الجموع جموع أخر، فلم يختلفوا فى حرف أو لفظ على تعدد البلاد وتباعد الأقطار واختلاف الأجناس .

١١٨ ـ *دلالة نصوص القرآن قطعية وظنية* : وإذا كانت نصوص القرآن قطعية، فإن دلالتها على معانيها قد تكون قطعية وقد تكون ظنية. فإن كان النص دالاّ على معناه ولا يحتمل التأويل، كانت دلالته قطعية، مثل قوله تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا﴾ [النور: ٤]. فدلالة ثمانين على العدد قطعية. ودلالة أبدا على التأبيد قطعية. وإن كان النص دالا على معناه، ولكنه يحتمل التأويل كانت دلالته ظنية، كقوله تعالى: ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾ [البقرة : ٢٢٨]. فلفظ القرء قد يعنى الحيض وقد يعنى الطهر، ومن ثم فدلالته على معناه ظنية لا قطعية، إذ من المحتمل أن يكون المراد من اللفظ الحيض، ومن المحتمل أن يكون المراد الطهر.

١١٩ ـ *حجية أحكام القرآن* : لا خلاف بين المسلمين فى أن القرآن من عند الله، وأنه سبحانه وتعالى تجب له الطاعة، فالقرآن حجة على كل مسلم ومسلمة وأحكامه واجبة الاتباع أيّا كان نوعها.

116 – 119 القرآن وحي إلهي مباشر قطعي الورود :

القرآن الكريم هو المصدر الأول والأسمى لأنه وحى إلهى مباشر ولأن نصوصه الإلهية قطعية الورود. وكثيرا ما يشير الفقهاء إلى "النصوص القطعية" ويميزونها بأنها خالدة غير قابلة للتغيير أو التطوير. ويجب التفرقة بين صفة قطعية الورود (وهى الصفة التى تتمتع بها جميع آيات القرآن الكريم)، وبين صفة قطعية الدلالة؛ فإن بعض الآيات فقط هو قطعى الدلالة، أى أنها (لا تحتمل التأويل أو الخلاف فى التفسير) – وهذا يعطى أهمية كبرى للتفسيرات المتعددة للآيات القابلة للتأويل وقابلية هذه التفسيرات للتطور والتجديد .

ويزيد فى أهمية ذلك أن تحديد النصوص قطعية الدلالة هو محل اجتهاد مما يفتح باب الاختلاف فى عدد الآيات القطعية الدلالة .

وهذا النوع من النصوص القطعية تكون ثابتة فى عباراتها ومدلولها، وهى فى الأصل عامة أو كلية يجب أن تكون أساسا ومنبعا لنظريات تتسع لاستنباط أحكام جديدة كلما تطورت ظروف الزمان والمكان. وإذا كان بعضها يتضمن أحكاما فرعية، فليس معنى ذلك أنها لاتشير إلى مقاصد سامية ومبادئ كلية يجب أخذها فى الحسبان فى بناء النظريات التشريعية .

وبرغم الأمثلة التى ذكرها، فإننا نشير إلى ما قلناه من قبل من أن وصف أحد النصوص بأنه قطعى الدلالة أو ظنى يُرجَع فيه إلى الاجتهاد ... فهو الذى يرسم الخط الفاصل بين النوعين، ويحدد نطاق كل منهما .

وفى نظرنا أن بعض آيات الأحكام فى القرآن الكريم يمكن أن تشتمل الآية الواحدة منها على ألفاظ أو عبارات قاطعة فى دلالتها، فى حين أن لفظا أو ألفاظا أخرى فى نفس الآية يمكن اعتبارها ظنية .

فقطعية الدلالة أو ظنيتها صفة لكلمة أو كلمات معينة، فى حين أن الورود القطعى شامل لجميع آيات القرآن الحكيم، وذلك معنى قوله : "أنه لا خلاف بين المسلمين فى أن القرآن (كله) من عند الله" .....

〈عوده〉 ١٢٠ ـ *أحكام القرآن شرعت للدنيا والآخرة* : وأحكام القرآن على نوعين: أحكام يراد بها إقامة الدين وهذه تشمل أحكام العقائد والعبادات. وأحكام يراد بها تنظيم الدولة والجماعة. وتنظيم علاقات الأفراد بعضهم ببعض، وهذه تشمل أحكام المعاملات والعقوبات والأحوال الشخصية والدستورية والدولية ... إلخ .

وأحكام القرآن على تنوعها وتعددها أنزلت بقصد إسعاد الناس فى الدنيا والآخرة، ومن ثم كان لكل عمل دنيوى وجه أخروى، فالفعل التعبدى أو المدنى أو الجنائى أو الدستورى أو الدولى له أثره المترتب عليه فى الدنيا من أداء الواجب، أو إفادة الحل والملك، أو إنشاء الحق أو زواله، أو توقيع العقوبة، أو ترتيب المسئولية... إلخ. ولكن هذا الفعل الذى يترتب عليه أثره فى الدنيا له أثر آخر مترتب عليه فى الآخرة، هو المثوبة أو العقوبة الأخروية. وينبنى على كون الشريعة مقصودا بها إسعاد الناس فى الدنيا والآخرة أن تُعَدّ وحدة لا تقبل التجزئة، أو جملة لا تقبل الانفصال؛ لأن أخذ بعضها دون بعض لا يؤدى إلى تحقيق الغرض منها، ولأنه لا توجد شريعة أخرى على وجه الأرض معمول بها تسلك مسلك الشريعة الإسلامية، فلا ينبغى أن تقاس الشريعة فى هذا بغيرها .

ومن يتتبع آيات الأحكام يجد كل حكم منها يترتب عليه جزاءان : جزاء دنيوى، وجزاء أخروى. فالقرآن يحرم القتل حيث يقول الله تعالى: ﴿ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق﴾ [الإسراء: ٣٣]. ويجعل للقتل جزاءين أحدهما دنيوى، والثانى أخروى. فأما جزاء الدنيا فهو القصاص، وأما جزاء الآخرة فهو العذاب الأليم، وذلك قوله تعالى : ﴿يأيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى فمن عفى له من أخيه شىء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم﴾ [البقرة:١٧٨]. والعذاب الأليم هو عذاب الآخرة، يؤيد ذلك قوله تعالى: ﴿ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها وغضبَ الله عليه ولعنه وأعد له عذابا عظيما﴾[النساء:٩٣]. ويؤيده أن القصاص عقوبة الدنياَ على الاعتداء .

وجزاء قطع الطريق أو الحرابة، القتل والقطع والصلب والنفى، عقوبة دنيوية والعذاب العظيم عقوبة أخروية، وذلك قوله تعالى: ﴿إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فسادا أن يقتَّلوا أو يصلَّبوا أو تقطَّع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزى فى الدنيا ولهم فى الآخرة عذاب عظيم﴾ [المائدة: ٣٣] .

عوده
وجزاء السارق القطع فى الدنيا، والعذاب فى الآخرة، لقوله تعالى: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم * فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فإن الله يتوب عليه إن الله غفور رحيم﴾ [المائدة : ٣٨، ٣٩].

والمقصود التوبة بعد العقوبة الدنيوية، ولا يتوب بعد عقابه إلا من كان مسئولا مسئولية أخروية .

وإشاعة الفاحشة ورمى المحصنات له عقوبة فى الدنيا وعقوبة فى الآخرة، حيث يقول جل شأنه : ﴿إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة فى الذين آمنوا لهم عذاب أليم فى الدنيا والآخرة﴾[النور:١٩]. ويقول: ﴿إن الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا فى الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم * يوم تشهد عليهم ألسنتهم وأيديهم وأرجلهم بما كانوا يعملون * يومئذ يوفيهم الله دينهم الحق ويعلمون أن الله هو الحق المبين﴾ [النور: ٢٣ - ٢٥] .

والزنا له عقوبتان أيضا إحداهما فى الدنيا والثانية فى الآخرة، فيقول الله تعالى: ﴿الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾ [النور:٢]. ويقول : ﴿والذين لا يدعون مع الله إلها آخر ولا يقتلون النفس التى حرم الله إلا بالحق ولا يزنون ومن يفعل ذلك يلق أثاما* يضاعف له العذاب يوم القيامة ويخلد فيه مهانا* إلا من تاب وآمن وعمل عملا صالحا فأولئك يبدل الله سيئاتهم حسنات وكان الله غفورا رحيما﴾ [الفرقان: ٦٨ ٧٠] .

وآكل أموال اليتامى معاقب عليه فى الدنيا والآخرة، وذلك قوله تعالى : ﴿وآتوا اليتامى أموالهم ولا تتبدلوا الخبيث بالطيب ولا تأكلوا أموالهم إلى أموالكم إنه كان حوبا كبيرا﴾[النساء: ٢]. وقوله: ﴿إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما إنما يأكلون فى بطونهم نارا وسيصلون سعيرا﴾ [النساء: ١٠] .

وآكل الربا له عقوبتان الأولى فى الدنيا والثانية فى الآخرة، وذلك قوله تعالى: ﴿الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذى يتخبطه الشيطان من المس ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون﴾ [البقرة: ٢٧٥].

<عوده> وتعطيل المساجد له كذلك عقوبة دنيوية وعقوبة أخروية حيث يقول جل شأنه : ﴿ومن أظلم ممن منع مساجد الله أن يذكر فيها اسمه وسعى فى خرابها أولئك ما كان لهم أن يدخلوها إلا خائفين لهم فى الدنيا خزى ولهم فى الآخرة عذاب عظيم﴾ [البقرة: ١١٤].

والتولى عند الزحف له عقوبتان أيضا فى قوله تعالى : ﴿يأيها الذين آمنوا إذا لقيتم الذين كفروا زحفا فلا تولوهم الأدبار * ومن يولهم يومئذ دبره إلا متحرفا لقتال أو متحيزا إلى فئة فقد باء بغضب من الله ومأواه جهنم وبئس المصير﴾ [الأنفال:١٥،١٦].

وللمرتد عقاب فى الدنيا وعقاب فى الآخرة فى قوله تعالى: ﴿ومن يرتددْ منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم فى الدنيا والآخرة وأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون﴾ [البقرة: ٢١٧] .

وهكذا لا نكاد نجد حكما لم ترتب عليه الشريعة عقوبة أخروية فوق العقوبة الدنيوية؛ وإن وجدنا شيئا من ذلك فإنه يدخل تحت قوله تعالى : ﴿أفمن كان مؤمنا كمن كان فاسقا لا يستوون* أما الذين آمنوا وعملوا الصالحات فلهم جنات المأوى نزلا بما كانوا يعملون* وأما الذين فسقوا فمأواهم النار كلما أرادوا أن يخرجوا منها أعيدوا فيها وقيل لهم ذوقوا عذاب النار الذى كنتم به تكذّبون﴾ [السجدة :١٨-٢٠]. وقوله :﴿ومن يطع الله ورسوله يدخله جنات تجرى من تحتها الأنهار خالدين فيها وذلك الفوز العظيم* ومن يعص الله ورسوله ويتعد حدوده يدخله نارا خالدا فيها وله عذاب مهين﴾ [النساء: ١٣، ١٤]. وهناك كثير من النصوص العامة قاطعة بهذا المعنى وفيما ذكرناه هنا الكفاية .

ولم تشرع أحكام الشريعة الإسلامية للدنيا والآخرة عبثا، وإنما اقتضى ذلك منطق الشريعة. فهى فى أصلها تَعُدّ أن الدنيا دار ابتلاء وفناء، وأن الآخرة دار بقاء وجزاء، وأن الإنسان مسئول عن أعماله فى الدنيا ومجزى عنها فى الآخرة، فإن فعل خيرا فلنفسه، وإن أساء فعليها، والجزاء الدنيوى لا يمنع من الجزاء الأخروى إلا إذا تاب الإنسان وأناب .

{ب/١٣٣}

120 – وحدة الشريعة وشمولها للشئون الدنيوية والأخروية :

أول ما يجب التنبيه إليه هو أن نصوص القرآن وأحكامه شاملة للأمور الدنيوية والأخروية؛ بل إن كل آية من آيات الأحكام فيه إذا كان يتفرع عنها حكم دنيوى فإنه يستنبط منه حكم تكليفى أخروى – ويكون الحكمان مرتبطين؛ ولهذا فإن مبدأ وحدة الشريعة فى الجانب الدنيوى والأخروى له نتائج مهمة سوف نتعرض لها فيما بعد .

يترتب على ذلك أن مسئولية الفرد عن أعماله لا تقتصر على مؤاخذته أو مجازاته فى الدنيا؛ بل تمتد إلى المسئولية بعد البعث والحساب. وأكثر من ذلك فإن المسئولية فى الدنيا تؤثر على مسئوليته فى الآخرة، بمعنى أنه إن أدى ما يترتب على فعله فى الدنيا من جزاء فإن ذلك قد يكون توبة تخفف مسئوليته الأخروية؛ بل تقلب السيئة حسنة بأمر الله وعفوه ولطفه – وهو ما يشجع الفرد على عدم التهرب من المسئولية الدنيوية ومواجهة الجزاءات الجنائية طلبا للمغفرة. ولهذه القاعدة أثرها فى تطبيق الحدود مثلا؛ إذ إن تحملها يكون دليلا على نية التوبة خصوصا إذا تقبلها مرتكب الخطيئة أو سعى إليها باختياره معترفا بها. وكذلك جميع العقوبات الجنائية والاجتماعية التى تفرضها الشريعة؛ فهى ليست رد فعل ولا انتقاما ولا تخويفا أو زجرا فقط؛ بل إنها قبل كل شيء سبيل إلى التوبة فى الدنيا وسبب لها ووسيلة للغفران لتفادى الجزاء فى الآخرة .

وهذا يفسر توسعه فى ذكر أمثلة لما ورد فى الآيات القرآنية من الجمع بين الإشارة إلى الجزاء الأخروى والدنيوى معا. ويكفى أن نتأمل عبارات الآية (93) من سورة النساء بشأن جزاء القاتل فى الآخرة، والآية (178) فى سورة البقرة الخاصة بعقوبة القصاص فى الدنيا، وكذلك آية المائدة (رقم 33) بشأن الحرابة .

أشار إلى الآية رقم (19) فى سورة النور الخاصة بإشاعة "الفاحشة" على أنها فى نظره توضيح لعلة العقاب المقرر فى الآيات (٢٣–٢٥) من السورة نفسها التى تفرض الحد على قذف المحصنات الغافلات. وهذه الإشارة لا تكفى فى نظرنا، بل إن الآية (19) تقرر مبدأ عاما هو تحريم كل ما يترتب عليه إشاعة الفاحشة، وليست خاصة بالقذف وحده، وسنرى أن لهذا المبدإ تطبيقات عديدة وليس مقصورا على حد القذف أو حد الزنا .

والآيات الأخرى التى تشير إلى العقاب الأخروى بصراحة إنما يقصد بها النهى عن الأفعال التى يترتب عليها العذاب فى الآخرة، وهى لذلك تعد مصدرا لمبدإ عام يدخل ضمن الأحكام التكليفية، ومثالها الآيات (68–70) فى سورة الفرقان بشأن الزنا والقتل ، والآيتان (٢،١٠) فى سورة النساء الخاصة بتحريم أكل أموال اليتامى ظلما، والآية (١١٤) فى سورة البقرة بشأن تعطيل المساجد والشعائر الدينية، والآيتان (15، 16) من سورة الأنفال بشأن تحريم الهروب من الجهاد والقتال يوم الزحف .. والآية (217) من سورة البقرة بشأن الردة".

۞ الايمان بالحساب يوم القيامة له دور أكبر من العقوبات الجنائية فى إصلاح الفرد والمجتمع :

وهذه الأحكام التكليفية وأمثالها مما ينذر مرتكب أفعال معينة بالعقاب الأخروى تكملة آيات أخرى تفرض عقابا دنيويا أى جنائيا كحد الزنا والقذف والقصاص فى القتل وعقوبة الحرابة ... وما لا يرد نص بعقوبة الحد على مرتكبه يستحق فاعله التعزير بحسبان فعله معصية بشرط أن يرى القاضى أو المجتهد النص على جزائه، ونحن نرى أن النص يجب أن يكون سابقا على الفعل ويكون ذلك بالتقنين الذى يتولاه أهل الاجتهاد.

إن إفاضته فى إيراد النصوص القرآنية التى تنذر مرتكبى المعاصى بالعقاب الأخروى، وما استنبطه من ذلك من أن شريعتنا لا تقر "القوانين الوضعية" التى تصدرها الدول دون ربطها بمصدرها الإلهى فى القرآن والسنة، هو من أهم الخصائص المميزة لشريعتنا لأنها دين وقانون وهى تعالج القصور فى القوانين الجنائية الوضعية، التى تتجاهل الحساب والعقاب فى الآخرة . أما إذا اقتصرنا على القوانين الوضعية، فقد يظن مرتكب الجريمة أنه إذا استطاع الإفلات من العقوبة الجنائية الوضعية فإنه يكون بذلك قد أفلت نهائيًا من كل حساب، وهذا هو ما يشجع الجناة على ابتكار الأساليب التى تمكنهم من تضليل العدالة أو التهرب من المسئولية، ظنا منهم أن المساءلة القضائية هى كل ما يترتب علي الجريمة، فى حين أن المؤمن بالبعث والنشور والملتزم بشريعتنا يضع فى اعتباره أن الخالق المدبر للكون سيبعثه ويحاسبه يوم القيامة عن كل أفعاله، ومن بينها تحايله وهربه من المحاكمة الجنائية، بعَدِّ ذلك عدوانا على الشريعة ذاتها وهربا من أحكامها .. ولابد أن يكون ذلك معصية فى ذاته، أى أن من يتلقى العقاب القضائى طائعا مختارا يكون موقفه فى الآخرة أفضل بكثير ممن هرب منه، لأن هذا التهرب يضاعف له العقاب الأخروى. أما من عوقب جنائيا فى الدنيا فقد يُعَدّ ذلك توبة تعفيه من العقاب فى الآخرة، وقد يستحق المغفرة لهذا السبب .

ويشير الفقهاء إلى عَدِّ الجزاء فى الآخرة هو العامل الأكبر فى مقاومة الانحرافات أو الاتجاهات الإجرامية لدى الأفراد؛ لأن الجزاء الجنائى كثيرا ما يعمل المجرمون على تفاديه وينجحون فى ذلك فلا يستطيع القضاء توقيع العقوبة لعدم معرفة الفاعل أو لعدم كفاية الأدلة، أو لوجود شبهة .

فعلى الأفراد المؤمنين بالحساب الأخروى أن يذكروا أن ذلك لن يعفيهم من العقاب فى الآخرة، بل قد يزيد فيه .

❁ اشتراط إجراءات صحيحة وأدلة معينة سببه أن المحاكمات الدنيوية ليست نهائية وأن الأصل هو الجزاء يوم الحساب :

واعتمادا على ذلك، فإن شريعتنا لا تجيز لمن يقومون بمقاومة الجرائم أن يستخدموا أساليب غير مشروعة كالتجسس أو انتهاك حرمات البيوت وأسرار المراسلات والمحادثات التليفونية، وأمثال ذلك مما تحرمه الشريعة والقوانين ولا يجوز لهم أن يبيحوا لأنفسهم ذلك بحجة الكشف عن الجرائم – وإذا حدث ذلك منهم فإنه يُعَدّ جريمة فى ذاته، ولا يصح معاقبة المتهم بناء على نتائج مثل هذه التدابير المحرمة وغير المشروعة. ويستند الفقه فى ذلك إلى قول رسولنا الكريم: "أيها الناس من ارتكب شيئا من هذه القاذورات (الجرائم) فاستتر فهو فى ستر الله. ومن أبدى صفحته أقمنا عليه الحد".

فالقضاء يختص بمعاقبة الجرائم التى تصل إلى علمه بطريق مشروع وأدلة مقبولة– أما غيرها، فقد تكفل الله سبحانه بالجزاء عنه. ولهذا السبب، فإن شريعتنا تدين المجاهرة بالمعصية، وتَعُدّ ذلك أمرا محرما، بل جريمة إشاعة للفاحشة فى المجتمع. وعلى هذا الأساس، فإن شريعتنا تشدد العقوبات على الجريمة التى تقترن بقدر من الجهر والعلانية، وقد قال فى ذلك إمامنا الشيخ/ محمد أبو زهرة[1]: "إن الإسلام يَعُدُّ الجريمة المعلنة جريمتين، جريمة الفعل المحرم، وجريمة إعلانه ... ذلك لأن ستر الجرائم من شأنه أن يجعل الإثم يتروى ولا يظهر ... وأن عدم التظاهر والإعلان تجعل نزعات الشر تضعف شيئا فشيئا ... وأن الذين يعلنون الجرائم إنما يدعون إليها ويحرضون عليها بإعلانهم".

وهذا يؤيد ما قلناه بشأن اشتراط أربعة شهود رؤية لتوقيع الحد فى جريمة الزنا، لأن رؤية الفعل بأربعة شهود دليل على المجاهرة بالفاحشة والعلانية الاستفزازية التى هى ظرف مشدد فى تلك الجريمة، تستوجب توقيع الحد، وليس ذلك شرطا لثبوت ارتكاب الفعل ذاته الذى يكفى فيه الأدلة الإقناعية، وعقوبته تعزير إذا لم تثبت المجاهرة بالأدلة القانونية التى تستلزمها الشريعة لتوقيع عقوبة الحد، وهى الإقرار طواعية واختيارا، أو شهادة أربع شهود رؤية بالصورة المفصلة فى كتب الفقه .

---

(1) يراجع كتابه فى "العقوبة" البند 17 ص 26 .

〈عوده〉 ١٢١ ـ *أحكام الشريعة لا تتجزأ* : وأحكام الشريعة لا تتجزأ ولا تقبل الانفصال، وليس ذلك فقط لما ذكرناه من أن التجزئة تخالف الغرض من الشريعة، وإنما لأن نصوص الشريعة نفسها تمنع من العمل ببعضها وإهمال البعض الآخر، كما تمنع من الإيمان ببعضها والكفر ببعض، وتوجب العمل بكل أحكامها والإيمان إيمانا تاما بكل ما جاءت به. فمن لم يؤمن بهذا ويعمل به، دخل تحت قوله تعالى : ﴿أفتؤمنون ببعض الكتاب وتكفرون ببعض فما جزاء من يفعل ذلك منكم إلا خزى فى الحياة الدنيا ويوم القيامة يردون إلى أشد العذاب﴾ [البقرة:٨٥].

والنصوص الواردة فى تحريم العمل ببعض الشريعة دون بعضها كثيرة، منها قوله تعالى: ﴿إن الذين يكتمون ما أنزلنا من البينات والهُدَى من بعد ما بيناه للناس فى الكتاب أولئك يلعنهم الله ويلعنهم اللاعنون* إلا الذين تابوا وأصلحوا وبينوا فأولئك أتوب عليهم وأنا التواب الرحيم﴾ [البقرة:١٥٩، ١٦٠]. والكتمان معناه العمل ببعض الأحكام دون بعضها الآخر-٧٣-، والاعتراف ببعضها وإنكار البعض الآخر .

ومنها قوله تعالى : ﴿إن الذين يكتمون ما أنزل الله من الكتاب ويشترون به ثمنا قليلا أولئك ما يأكلون فى بطونهم إلا النار ولا يكلمهم الله يوم القيامة ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم* أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى والعذاب بالمغفرة فما أصبرهم على النار﴾ [البقرة: ١٧٤، ١٧٥].

وقوله تعالى : ﴿أفغير دين الله يبغون وله أسلم من فى السموات والأرض طوعا وكرها وإليه يُرجَعون﴾[آل عمران: ٨٣]. وقوله : ﴿ومن يبتغ غير الإسلام دينا فلن يُقَبل منه وهو فى الآخرة من الخاسرين﴾ [آل عمران : ٨٥].

〈الصدر〉 تعليق "رقم-٧٣-": معنى الكتمان لغة وعرفا الستر، فمعنى الآية المباركة والتى بعدها حرمة كتمان ما أنزل الله من البينات، ولا تدل على النهى عن الإيمان ببعض الكتاب دون بعض.

ويمكن تقريب الاستدلال بهما على المنع من الإيمان ببعض الكتاب دون بعض بأن نقول إن الآيتين المباركتين كما تدلان على حرمة كتمان جميع الآيات المباركة تدلان على حرمة كتمان بعض الآيات مع عدم كتمان البعض الآخر، والكتمان ملازم للكفر، فالآيتان المباركتان تدلان على المنع عن الإيمان ببعض الآيات دون بعض .

ولما كان إنكار بعض الأحكام ملازما للبعد عن دين الله وابتغاء سواه لأن الدين عبارة عن مجموع الأحكام الإلهية، فإنكار بعضها ملازم للبعد عن الله سبحانه وعن أحكام الإسلام، فيتضح بذلك الاستدلال على حرمة إنكار بعض أحكام الشريعة وعدم العمل بها بالآيتين المباركتين الثانية والثالثة .

عوده

وقوله: ﴿وإذ أخذ الله ميثاق الذين أوتوا الكتاب لتُبيِّنُنَّه للناس ولا تكتمونه فنبذوه وراء ظهورهم واشترَوا به ثمنا قليلا فبئس ما يشترون﴾-٧٤- [آل عمران: ١٨٧].

وقوله: ﴿ياأيها الرسول لا يحزنك الذين يسارعون فى الكفر من الذين قالوا آمنا بأفواههم ولم تؤمن قلوبهم ومن الذين هادوا سماعون للكذب سماعون لقوم آخرين لم يأتوك يحرفون الكلم من بعد مواضعه يقولون إن أوتيتم هذا فخذوه وإن لم تؤتَوْه فاحذروا ومن يرد الله فتنته فلن تملك له من الله شيئا أولئك الذين لم يرد الله أن يطهر قلوبهم لهم فى الدنيا خزى ولهم فى الآخرة عذاب عظيم﴾[المائدة: ٤١]-٧٥- وقوله: ﴿فلا تخشوُا الناس واخشَوْن ولا تشترُوا بآياتى ثمنا قليلا ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون﴾ [المائدة: ٤٤].

وقوله: ﴿إن الذين يكفرون بالله ورسله ويريدون أن يفرقوا بين الله ورسله ويقولون نؤمن ببعض ونكفر ببعض ويريدون أن يتخذوا بين ذلك سبيلا* أولئك هم الكافرون حقّا﴾ [النساء: ١٥٠، ١٥١].

وقوله: ﴿وأنزلنا إليك الكتاب بالحق مصدّقا لما بين يديه من الكتاب ومهيمنا عليه فاحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا ولو شاء الله لجعلكم أمة واحدة ولكن ليبلوَكم فيما آتاكم فاستبقوا الخيرات إلى الله مرجعكم جميعا فينبئكم بما كنتم فيه تختلفون * وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله إليك فإن تولّوْا فاعلم أنما يريد الله أن يصيبهم ببعض ذنوبهم وإن كثيرا من الناس لفاسقون* أفحكمَ الجاهلية يبغون ومن أحسن من الله حكما لقوم يوقنون﴾-٧٦- [المائدة: ٤٨ - ٥٠].

الصدر تعليق "رقم-٧٤-": تقريب الاستدلال بهذه الآية المباركة أن كتمان الكتاب بمعنى كتمان أحكامه، ولا فرق فى الحرمة بين كتمان جميع الأحكام أو بعضها، فتكون الآية المباركة دليلا على ما يذكره المصنف.

الصدر تعليق "رقم-٧٥-": إن المستفاد من قوله سبحانه وتعالى فى هذه الآية المباركة ﴿إن أوتيتم هذا فخذوه وإن لم تُؤتَوْهُ فاحذروا﴾[المائدة: ٤١]، هو الايمان ببعض الكتاب دون بعض، والآية الكريمة صريحة فى كفر من يقول ذلك وخروجه عن الإسلام. وأما الآية التى بعدها فهى صريحة فى كفر من يؤمن ببعض الكتاب دون بعض.

الصدر تعليق "رقم-٧٦-": إن قوله سبحانه فى هذه الآية المباركة ﴿واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله إليك﴾[المائدة: ٤٩]، صريح فى حرمة إنكار بعض ما أنزل الله.

عوده وقوله: ﴿يأيها الرسول بلّغْ ما أنزل إليك من ربك وإن لم تفعل فما بلغْتَ رسالته والله يعصمك من الناس إن الله لا يهدى القوم الكافرين* قل يأهل الكتاب لستم على شيء حتى تقيموا التوراة والإنجيل وما أنزل إليكم من ربكم وليزيدنّ كثيرا منهم ما أُنزل إليك من ربك طغيانا وكفرا فلا تأس على القوم الكافرين﴾-٧٧- [المائدة : ٦٧، ٦٨] .

وقوله : ﴿وما أرسلنا من رسول إلا ليطاع بإذن الله ولو أنهم إذ ظلموا أنفسهم جاءوك فاستغفروا الله واستغفر لهم الرسول لوجدوا الله توابا رحيما * فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكّموك فيما شَجَرَ بينهم ثم لا يجدوا فى أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما﴾ [النساء: ٦٤، ٦٥] .

١٢٢ـ *ميزات الشريعة* : وتمتاز الشريعة الإسلامية عن الشرائع الوضعية بميزات عظيمة هى أن أحكامها شرعت للدنيا والآخرة. وهذا هو السبب الوحيد الذى يحمل معتنقيها على طاعتها فى السر والعلن والسراء والضراء؛ لأنهم يؤمنون بأن الطاعة نوع من العبادة يقربهم إلى الله، وأنهم يثابون على هذه الطاعة، ومن استطاع منهم أن يرتكب جريمة ويتفادى العقاب الدنيوى فإنه لا يرتكبها مخافة العقاب الأخروى وغضب الله عليه.

والشريعة تلزم معتنقيها أن يتخلقوا بالأخلاق الفاضلة، ومن تخلق بالأخلاق الفاضلة ندر أن يرتكب جريمة، وهم بعد ذلك يعلمون أن الله رقيب عليهم، ومطلع على أعمالهم، وأنهم مهما استخفوا من الناس فلن يستخفوا من الله وهو معهم أينما كانوا، وكل ذلك مما يدعو إلى قلة الجرائم، وحفظ الأمن وصيانة نظام الجماعة ومصالحها العامة، بعكس الحال فى القوانين الوضعية فإنها ليس لها فى نفوس من تطبق عليهم ما يحملهم على طاعتها، وهم لا يطيعونها إلا بقدر ما يخشون من الوقوع تحت طائلتها، ومن استطاع أن يرتكب جريمة ما، وهو آمن من سطوة القانون فليس ثمة ما يمنعه من ارتكابها من خلق أو دين، ولذلك تزداد الجرائم زيادة مطردة فى البلاد التى تطبق القوانين الوضعية، وتضعف الأخلاق ويكثر المجرمون من الطبقات المستنيرة، تبعا لزيادة الفساد الخلقى فى هذه الطبقة، ولقدرة أفرادها على التهرب من سلطان القانون .

الصدر تعليق "رقم-٧٧-": الآية المباركة لا يستفاد منها حرمة الإيمان ببعض الكتاب دون بعض، وإنما يستفاد وجوب تبليغ ما أنزل الله، وأنه يجب على أهل الكتاب تطبيق التوراة والإنجيل. وكذا الآية الأخيرة فإنه لا يستفاد منها ما أراده المصنف، وإنما هى تأمر ما يلزم إطاعة الله والاستغفار والمحاكمة إلى الرسول .

〈عوده〉 وتفرض الشريعة على معتنقيها أن يؤمنوا بأنها من عند الله، وأنها أصلح نظام وأعدله، ومن ثم فهم لا يعدلون بها نظاما آخر-٧٨-، ويترتب على هذا ألا تجد مؤمنا بالدين الإسلامى يرضى بأى نظام مخالف له أو خارج عليه، كالشيوعية وما أشبه، بينما تجد من تطبق عليهم القوانين الوضعية يقيسون الأنظمة بمقياس المصلحة المادية العاجلة، فيستشرفون إلى كل نظام جديد، ويتطلعون إلى الأخذ بكل ما يرونه أفضل من نظامهم أو ما يمكنهم من الجاه والمال والسلطان، ومن ثم يعيشون غير مستقرين على مبدإ ولا نظام .

فمزج الشريعة بين أحكام الدنيا والدين وإيمان المسلمين بها ضمن للشريعة الاستمرار والثبات، وبث فى المحكومين روح الطاعة والرضاء، ودعاهم إلى التخلق بالأخلاق الكريمة، وجعل للشريعة قوة فى الردع ليست لأى قانون وضعى آخر مهما أحكم وضعه وأحسن تطبيقه وتنفيذه .

[الصدر] تعليق "رقم-٧٨-": ويطبقون أحكامها مختارين حبا لها وإعجابا بها ورجاء لما يترتب على امتثالها من فوائد فى الدنيا وثواب الآخرة، وحذرا مما يترتب على مخالفتها من مفاسد فى الدنيا وعقاب فى الآخرة.

[الشاوى] رأينا فى "التعليقات أرقام-٧٣-٧٨-": نؤيد أقوال فقيهنا فى عمومها مع إضافة بعض التفصيلات – تراجع الحاشية .

121، 122 – أساس خلود الشريعة ثبات أصولها ومرونة الفقه:

إن المزج بين الأحكام الدنيوية والأخروية هو أساس خلود المبادئ القرآنية التى هى جوهر شريعتنا وأصولها والمميز الأساسى لها، بحسبانها ليست قانونا فقط بل هى دين قبل كل شيء .

إن ما يعرف بأصول الفقه إنما ينحصر موضوعه فى القواعد المتعلقة باستنباط الأحكام الفرعية من مصادرها الشرعية، لكن هذا لا يجوز أن يشغلنا عن العناية بالمبادئ العليا والمقاصد السامية التى يجب عَدُّها أصولا شرعية ثابتة للنظريات العامة المستمدة من النصوص الخالدة لشريعتنا (القرآن والسنة) والتى تربط الأحكام بتلك الأصول .

لقد أكد على مبدإ عدم جواز تجزئة الشريعة، أى عدم فصل أحكام الجرائم والعقوبات الدنيوية عن العقائد والقيم الأخلاقية التى تقررها النصوص "التكليفية"، لأن هذه العقائد والقيم والنظريات التى يبنى عليها هى أصول الشريعة وأساس جميع أحكامها بما فى ذلك أحكام الجرائم والعقوبات، بجميع أنواعها .

ولهذا السبب، فإننا أشرنا فى مواضع متعددة إلى أنه لا يجوز الاكتفاء بنصوص القوانين الوضعية ووصفها بأنها تعازير.. لمجرد الادعاء بأنها "لا تخالف أحكام الشريعة" كما يقول فقهاء السلاطين الذين يريدون أن يسوِّغوا ما تسير عليه بعض الدول المعاصرة من الاكتفاء بتطبيق قوانينها الوضعية المستوردة من الخارج، وترفض تقنين الشريعة الذى يقصد منه ربط الأحكام الفرعية بمصادرها الشرعية فى الكتاب والسنة.

إننا نصر على وجوب تقنين التشريع الجنائى الإسلامى، لإرجاع جميع أحكامه إلى الأصول والمنابع الشرعية، والتوقف نهائيا عن استيراد نصوص أجنبية والاستغناء بها عن تقنين الفقه. والحكمة فى ذلك هى ما أشرنا إليه، وهو أن الأصل فى العقاب على الأفعال الإجرامية هو عَدُّها داخلة ضمن المعاصى التى تخالف "الأحكام التكليفية"، وبذلك يكون كل حكم تكليفى مبدأ عاما يمكن عَدّه أساسا لنظرية عامة هى التى نستند إليها فى تجريم الأفعال التى تضر المجتمع أو أفراده، وتستمد مشروعيتها من ذلك لا من استيرادها من قوانين أجنبية ولا من سيادة الدولة التى تصدرها .

لقد شرح لى أحد الأعضاء[1] الذين كانوا يعملون فى مساعدة لجنة إعداد القانون المدنى (الذى طبق منذ عام 1949) الطريقة التى سارت عليها اللجنة فى " وضع " مشروع

---

(1) هو الدكتور سليمان مرقص .

❁ النصوص المستوردة من الخارج لا يجوز عَدُّها تعزيرات ولو كانت "لا تخالف الشريعة"، لأنها لا تستمد من مصادر التشريع الإسلامي :

ذلك القانون المدنى، وأشار إلى مائدة وضع عليها عدة قوانين أجنبية، مثل القانون الفرنسي والألماني والبولوني والسوفييتي .. بل ومشروعات بعض القوانين التى لم تصدر، مثل ما يسمونه المشروع الفرنسي الإيطالى للالتزامات ...

وقال لى إن اللجنة كانت تختار أحسن النصوص من هذه القوانين الأجنبية جميعها - وذلك حسب تقديرها هى - دون أى إشارة إلى أنهم فكروا فى البحث فى الفقه الإسلامى عن أساس لما يماثل تلك النصوص المستوردة أو يغنى عنها ...

هذا هو ما لا نقره. وقد انتقده كثيرون من المطالبين بالالتزام بالشريعة، وعارضوا المشروع لهذا السبب .

وهذه اللجنة التى انتقدنا مشروعها، كانت تُعَدُّ متقدمة بالنسبة لما اتبع فى إعداد القانون الجنائى المصرى، إذ إن من أعدوه اكتفوا بالرجوع إلى القانون الفرنسي، وإذا أرادوا التحرر منه رجعوا إلى ما قاله القضاء أو الفقه الفرنسي، وهذا كان فى نظرهم أقصى خطوات التقدم.

وعلى ذلك، فإن لجنة إعداد القانون المدنى قد خطت خطوات تقدمية أكبر بالنظر فى عدد كبير من القوانين الأجنبية، بدلا من الاكتفاء بالقانون الفرنسى .

أما نحن، فنطالب بخطوات أكثر أصالة وتقدما بأن تستمد الأحكام أولا وأساسا من فقهنا ومصادره الأصلية، ولا مانع بعد ذلك من مقارنتها بما توصلت له القوانين الأجنبية، وإذا وجد فيها ما يتفق مع ما توصل له فقهنا أو يكمله أو يحسنه، فإن باب "الاستحسان" وأمثاله من أساليب الاجتهاد مفتوحة للاستفادة منه. وهنا فقط يمكن القول بأن ما استنبطناه لا يخالف مبادئ الشريعة ولا أصولها ولا نظرياتها الأساسية ...

وميزة هذا الأسلوب الذى نقترحه هو أنه يفتح لنا المجال لكى نتأكد من أن نصوص التقنين الجنائى الإسلامى ستكون مستمدة من المبادئ والقيم الأخلاقية والأصول العقيدية لشريعتنا التى لا تقبل فصل القانون عن الأخلاق ولا عن العقيدة، ونكون بذلك مجتهدين ومستنبطين للأحكام، لا مجرد مترجمين أو ناقلين عن التشريعات الأجنبية .

الفرع الثانى
السنـة

عوده ١٢٣ـ *تعريف السنة* : هى ما أثر عن الرسول (ﷺ) من قول أو فعل أو تقرير. فالسنة على ثلاثة أنواع: سنة قولية، وسنة فعلية، وسنة تقريرية.

أولا : السنة القولية : هى أحاديث الرسول التى قالها فى مختلف المناسبات مثل قوله: "لا يحل قتل امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: كفر بعد إيمان، أو زنا بعد إحصان، أو قتل نفس بدون نفس". وكقوله: "من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين: إن أحبوا قتلوا، وإن أحبوا أخذوا العقل". وكقوله فى عقوبة الزانى الذى لم يحصن: "البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام". وكقوله: "لا قطع فى ثمر معلق، ولا فى حريسة الجبل، فإن آواه المراح أو الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن". وقوله: "من شرب الخمر فاجلدوه، ثم إن شرب فاجلدوه".

ثانيا: السنة الفعلية : هى أفعاله صلى الله عليه وسلم مثل قضائه بالعقوبة فى الزنا بعد الإقرار، وقطع اليد اليمنى فى السرقة، وقضائه بشاهد واحد ويمين المدعى .

ثالثا : السنة التقريرية : هى ما صدر عن بعض أصحاب الرسول من أقوال أو أفعال أقرها الرسول صلى الله عليه وسلم بسكوته وعدم إنكاره، أو بموافقته وإظهار استحسانه، فيُعَدّ عمل الصحابى أو قوله بعد أن أقره الرسول كأنه صادر من الرسول نفسه. ومثل ذلك أن النبى لما بعث معاذا إلى اليمن سأله : بم تقضى؟ قال: أقضى بكتاب الله، فإن لم أجد فبسنة رسول الله، فإن لم أجد أجتهد رأيى. فأقره الرسول على ذلك حيث قال : "الحمد لله الذى وفق رسول رسول الله إلى ما يرضى رسول الله"-٧٩- .

الصدر تعليق "رقم-٧٩-": لا يثبت فقهاء المذهب الجعفرى على هذا الحديث لعدم ثبوت اعتباره عندهم لإرساله، لأن الراوى للحديث الحارث بن عمرو لم ينقل عمن أخذ منه الحديث، والحارث ضعيف لم يوثقه أحد من علماء الرجال . ويشهد لضعف هذه الرواية أن الجورقانى ذكر هذه الرواية فى الموضوعات وقال إنه حديث باطل. هذا مع أنه معارض بحديث آخر فى نفس الواقعة جاء فيه أن النبى (ﷺ) قال له: لا تقضين، ولا تفصلن إلا بما تعلم، وإن أشكل عليك أمر فقف حتى تتبينه. وكلا الحديثين فى واقعة واحدة، فلا يمكن الاعتماد على أى منهما. ولا يرى علماء المذهب الجعفرى صحة الاعتماد على الرأى فى مسألة لا دليل فيها، والاجتهاد المعتبر عندهم إنما هو فى فهم الحديث الشرعى من أدلته ولعله المراد من قول معاذ، أجتهد رأيى أى أجتهد رأيى فى فهم الحكم الشرعى من أدلته.

الشاوى رأينا أن "التعليق رقم-٧٩-": يتناقض فى نظرنا مع ما قاله سابقا من أن الفقه الجعفرى يَعُدّ العقل هو المصدر الرابع للأحكام الشرعية، والعقل هو الاجتهاد فى حديث معاذ – ومع ذلك فإنه يمكن الجمع بين القولين على اعتبار أن العقل فى الاجتهاد لا يستمد الأحكام من فراغ، بل إن مهمته هى أن يستنبط الحكم من النظريات والمبادئ العامة فى الشريعة – فى حالة عدم توافر نص خاص فى =

عوده ١٢٤ - *مركز السنة من القرآن*: القرآن هو المصدر الأول للتشريع الإسلامى، وأساس هذا التشريع. والسنة هى المصدر الثانى، وتلى القرآن فى المرتبة. وأحكام السنة من الناحية التشريعية لا تعدو أن تكون واحدا من ثلاثة :

الأولى : فهى إما أن تكون سنة تقرر وتؤكد حكما جاء به القرآن، فيكون الحكم مرجعه القرآن والسنة معا، كتحريم القتل بغير حق، وشهادة الزور، والسرقة، وغير ذلك من الأوامر والنواهى التى جاء بها القرآن والسنة.

الثانى : وإما أن تكون سنة مفصلة مفسرة حكما جاء به القرآن مجملا، أو مقيدة ما جاء فى القرآن مطلقا، أو مخصصة ما جاء فيه عامّا، فيكون هذا التفسير أو التقييد أو التخصيص الذى جاءت به السنة بيانا للمقصود من الحكم الذى جاء به القرآن، لأن الله جعل لرسوله حق البيان لنصوص القرآن بقوله: ﴿وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نُزِّل إليهم﴾ [سورة النحل: ٤٤]. فالسنة هى التى فصلت كيفية إقامة الصلاة والحج وإيتاء الزكاة؛ لأن القرآن أمر بإقامة الصلاة، وإيتاء الزكاة، وحج البيت، ولم يبين عدد الركعات، ولا كيفية الصلاة، ولا مقادير الزكاة، ولا مناسك الحج.

والسنة هى التى قيدت وخصصت كثيرا من أحكام القرآن. فنصوص القرآن أحلت البيع وحرمت الربا، والسنة هى التى بينت بيوع الربا. ونصوص القرآن حرمت الميتة والدم. والسنة قيدت هذا الإطلاق، وخصصت التحريم وبينت ما يحل من أنواع الميتة والدم. ونصوص القرآن جعلت الميراث للأولاد، والسنة منعت ميراث القاتل. والقرآن يعاقب السارق والسارقة بالقطع، والسنة منعت القطع إلا فى ربع دينار فصاعدا، ومنعت القطع إلا فى السرقة من حرز .

الثالث : وإما أن تكون سنة مثبتة حكما سكت عنه القرآن، فيكون الحكم أساسه السنة وليس له دليل فى القرآن، كقول الرسول : "لا تنكح المرأة على عمتها ولا خالتها".-٨٠- وكقوله فى تحريم الذهب والفضة : "هذان حرامان على رجال أمتى حلالان لنسائها". وكقوله : "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب" .

= الموضوع الفرعى – وهذا يؤيد ما نقوله بأن التنظير أصبح ضروريا كأساس للاجتهاد فى عصرنا وفى المستقبل لتزويد الفقه بالأحكام الضرورية فى الموضوعات المستجدة .

الصدر تعليق "رقم-٨٠-": الرأى السائد بين فقهاء المذهب الجعفرى هو اختصاص الحكم بما إذا لم تأذن العمة والخالة، واستندوا فى ذلك إلى أخبار معتبرة منها ما روى عن الإمام محمد بن على الباقر(ع) أنه قال: إنما نهى رسول الله عن تزويج المرأة على عمتها وخالتها إجلالا للعمة والخالة، فإذا أذنت فى ذلك فلا بأس.

وهذه الرواية تكون مفسرة للرواية التى أشار إليها المؤلف ومخصصة لها بصورة عدم إذن العمة والخالة.

الشاوى رأينا فى "تعليق-٨٠-": هذا الموضوع خاص بالأحوال الشخصية .

〈عوده〉 ١٢٥ ـ *أنواع السنة بحسب روايتها:تنقسم السنة بحسب روايتها ثلاثة أقسام:* أ – سنة متواترة . ب – سنة مشهورة . ج – سنة آحاد .

(أ) – السنة المتواترة: هي ما رواه عن رسول الله جمع يمتنع عادة أن يتواطأ أفراده على كذب؛ لكثرتهم وأمانتهم، ثم رواه عن الجمع جمع مثله، وعن هذا الجمع جمع آخر، وهكذا حتى وصلت إلينا بسند كل طبقة من رواته جمع لا يتفقون على كذب من مبدإ التلقي عن الرسول حتى وصلت السنة إلينا. ومن هذا القسم السنن العملية فى أداء الصلاة والصوم وغير ذلك من شعائر الدين التى تلقاها المسلمون جموعا عن الرسول، ولقنوها جموعا أخر دون خلاف عليها مع اختلاف الأعصار وتباعد الأمصار .

(ب) – السنة المشهورة : هى ما رواها عن الرسول صحابى أو أكثر دون أن يبلغ الرواة حد التواتر، ثم نقلها من الراوى أو الرواة جمع من جموع التواتر وتناقلها عن هذا الجمع جموع أخر حتى وصلت إلينا بسند أو طبقة فيه فرد أو أفراد لا يبلغون حد التواتر، وباقى طبقاته من جموع التواتر. ومن هذا القسم ما رواه عمر بن الخطاب وابن مسعود وغيرهما من الصحابة-٨١-.

(ج) – سنة الآحاد-٨٢-: هى ما رواها عن الرسول آحاد أو جمع لم يبلغ حد التواتر وتناقلها عن هؤلاء أمثالهم من الآحاد أو الجموع التى لا تبلغ حد التواتر حتى وصلت إلينا بسند طبقات الرواة فيه آحاد أو جموع لا تبلغ حد التواتر. ومن هذا القسم معظم الأحاديث.

١٢٦ ـ *هل السنن قطعية أو ظنية ؟* : السنة المتواترة قطعية الورود عن الرسول لأن تواتر النقل يفيد الجزم بصدق الرواة، والسنة المشهورة قطعية الورود عن الرسول، لأن من تلقاها عن الرسول ليس جمعا من جموع التواتر، ولأن من تلقاها عن الصحابى جمع من جموع التواتر، وسنة الآحاد ظنية الورود عن الرسول .

والسنن جميعا قد تكون قطعية الدلالة، وهذا إذا كانت لا تحتمل تأويلا، وقد تكون ظنية الدلالة، وهذا إذا كانت تحتمل التأويل.

〈الصدر〉 تعليق "رقم-٨١-": ليس من قسم المتواتر جميع ما روياه، وإنما هو خصوص ما تواتر عنهما فى جميع الطبقات .

〈الصدر〉 تعليق "رقم-٨٢-": ويمكن تقسيم هذا القسم إلى قسمين :

الأول : ما رواه عن النبى (ﷺ) جماعة لم تبلغ حد التواتر، ورواه عنهم مثلهم فى كل طبقة حتى وصل إلينا، ولنسمها بالسُّنة المستفيظة (المستفيضة) .

الثانى : ما لم يبلغ الاستفاظة (الاستفاضة) فى جميع الطبقات أو فى بعضها ولنسمها سنة الآحاد.

ويمكن تقسيم كل منهما إلى قسمين : الأول : ما كان محفوفا بقرائن تشهد بصحته.

الثانى : ما لم يكن كذلك .

〈الشاوى〉 رأينا فى "التعليقين-٨١-،-٨٢-": تحديد كل هذه الأقسام خاضع للاجتهاد والخلاف – تراجع الحاشية .

〈عوده〉 ١٢٧ ـ *حجية السنة* : لا خلاف فى أن أقوال الرسول وأفعاله وتقاريره التى قصد بها التشريع ونقلت إلينا بسند صحيح يفيد القطع أو الظن الراجح، تُعَدّ حجة ملزمة للمسلمين، ومصدرا تشريعيًا واجب الاتباع، سواء كانت قطعية الورود أو ظنية الورود. فالسنة المتواترة واجبة الاتباع، لأن ورودها عن الرسول مقطوع به، والسنة المشهورة وسنة الآحاد واجبة الاتباع – وإن كانت ظنية الورود عن الرسول؛ لأن هذا الظن راجح-٨٣- بما توافر فى الرواة من العدالة والإتقان .

وقد عُدّت أحكام السنة ملزمة واجبة الاتباع لأن القرآن جعلها كذلك-٨٤-، فالله تعالى يقول: ﴿يأيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم فإن تنازعتم فى شىء فردوه إلى الله والرسول﴾[النساء:٥٩]. ويقول: ﴿وإذا جاءهم أمر من الأمن أو الخوف أذاعوا به ولو ردّوه إلى الرسول وإلى أولى الأمر منهم لعلمه الذين يستنبطونه منهم﴾ [النساء:٨٣].ويقول: ﴿من يطع الرسول فقد أطاع الله﴾ [النساء:٨٠] ويقول: ﴿وما أرسلنا من رسول إلا ليطاع بإذن الله﴾ [النساء: ٦٤] ويقول :﴿ قل أطيعوا الله والرسول﴾ [آل عمران:٣٢]. ويقول :﴿ قل إن كنتم تحبون الله فاتبعونى يحببكم الله﴾ [آل عمران: ٣١].

〈الصدر〉 تعليق "رقم-٨٣-": لا يعتمد فقهاء المذهب الجعفرى على الظن وإن كان راجحا ما لم يقم على اعتباره دليل بالخصوص، لنهيه سبحانه وتعالى عن الظن فى كتابه، فقد قال سبحانه فى سورة الأنعام ١١٦، وفى سورة يونس ٦٦ : ﴿إن يتبعون إلا الظن وإنْ هم إلا يخرصون﴾، ولقد قال سبحانه وتعالى فى سورة النجم ٢٨ : ﴿ومالهم به من علم إن يتبعون إلا الظن وإن الظن لا يغنى من الحق شيئا﴾. كما نهى الله سبحانه عن الاعتماد على غير العلم، فقد قال تعالى فى سورة الأعراف ٣٣ : ﴿قل إنما حرم ربى الفواحش ما ظهر منها وما بطن والإثم والبغى بغير الحق وأن تشركوا بالله ما لم ينزّل به سلطانا وأن تقولوا على الله مالا تعلمون﴾ . وقال سبحانه فى سورة يونس ٥٩ : ﴿قل آلله أذن لكم أم على الله تفترون﴾ ؟!

〈الصدر〉 تعليق "رقم-٨٤-": إن اعتبار السنة من لوازم الإيمان بنبوة النبى (ﷺ) وعصمته، أما الآيات التى سيذكرها المصنف فإن أكثرها مختصة بالسنة القولية ولا يشمل شىء منها السنة بمعنى التقرير .

〈الشاوى〉 رأينا فى "تعليقى-٨٣-،-٨٤-": يتحفظ السيد الصدر على قول فقيهنا بأن السنة ظنية الورود تكون ملزمة، ويقرر أن فقهاء المذهب الجعفرى لا يجيزون الاعتماد على الظن وإن كان راجحا – إلا إذا قام على اعتباره دليل (اجتهادى) . وهذا قول مقبول فى نظرنا يمكن أن يحل مشكلات كثيرة تنشأ عن الاختلاف فى حجية السنن ظنية الورود.

(عوده) ويقول: ﴿وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمرا أن يكون لهم الخيرة من أمرهم﴾ [الأحزاب:٣٦].ويقول: ﴿وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا﴾ [الحشر:٧].

فالسنة إذن تشريع واجب الاتباع بنص القرآن، وقد أجمع الصحابة فى حياة الرسول وبعد وفاته على وجوب اتباع سنته، فكانوا فى حياته يمضون أحكامه، ويمتثلون أمره ونهيه، يحلون ما أحل، ويحرمون ما حرم . وبعد وفاته كانوا إذا لم يجدوا فى القرآن حكم أى واقعة نزلت بهم سألوا عن سنة الرسول فيها. وكان أبو بكر إذا لم يحفظ سنة فى واقعة ما، خرج ينشد المسلمين أيهم يحفظ سنة عن النبى فى تلك الواقعة. كذلك كان يفعل عمر وغيره من الصحابة والتابعين-٨٥-.

(الصدر) تعليق "رقم-٨٥-": مر عليك قريبا أن فقهاء المذهب الجعفرى لا يستندون إلا إلى فعل المعصوم ولا يحتجون بفعل غيره، وإن كان صحابيا، فلا يمكن الاستدلال بعمل أبى بكر وعمر إذ لم يدَّع أحد من المسلمين العصمة لهما .

(الشاوى) رأينا فى "تعليق-٨٥-": يصر على أن مذهبهم يلتزم فقط بما ورد عن الأئمة المعصومين من آل البيت دون غيرهم من الصحابة – وقد سبق أن بينا أن رأينا هو أن آراء الصحابة جميعا لها قيمتها بحسبانها اجتهادات تستمد حجيتها من الثقة التى يوليها المسلمون للصحابة بسبب قربهم من عهد الرسول (ﷺ)، ومع ذلك فليس لها قوة الإلزام مثل سنة الرسول الكريم.
كما أن أهل السنة والجماعة لا يعترفون بالعصمة إلا للرسل والأنبياء دون غيرهم .

❁ 123 – 127 – صور السُّنَّة ومشكلة ثبوت ورودها من أهم أسباب تعدد المذاهب واختلاف الآراء والفتاوى :

لا تنحصر السنة فى الأقوال التى صرح بها رسولنا الكريم؛ بل تشمل أفعاله الثابتة، ونلاحظ أن جميع الأمثلة التى أشار إليها للسنة القولية والعملية موضوعها تطبيق عقوبات الحدود .

أما الصورة الثالثة للسنة، فهى مجرد تقريره أو قبوله لأمر صدر من غيره فى حضوره، والمثل الوحيد الذى أشار إليه موضوعه هو تقرير مبدإ وجوب الاجتهاد كمصدر للأحكام الشرعية وهو ما تضمنه حديث معاذ بن جبل .

* * *

القرآن الكريم يسلم الجميع بأنه قطعى الورود، لأنه كتب وحفظ فى حياة الرسول الأمين؛ بخلاف السنة فإن روايتها وتسجيلها لم يبدأ إلا بعد وفاته، بل ربما لم يتم ذلك بصورة جدية إلا بعد مرور فترة من وفاته صلى الله عليه وسلم، ولذلك فإن قطعية الثبوت مقصورة على بعض السنن؛ ولذلك قُسمت إلى ثلاثة أنواع متفاوتة – أقواها السنن المتواترة ثم المشهورة، وآخرها ما يسمى بسنن الآحاد .

وهناك جدال كبير حول ثبوت بعض السنن، مما أدى إلى خلافات عديدة فى مدى حجيتها، ولا يمنع ذلك من تأكيد مبدإ الالتزام بالسنة، الذى تفرضه النصوص القرآنية .

والسنة قد تكون قطعية الدلالة أو ظنية – وكذلك القرآن – وهذا أساس كثير من الخلافات الفقهية وتعدد المذاهب والآراء .

من المتفق عليه لدى كثيرين قَصْر حجية السنة على ما كان منها قد قصد به التشريع، وما قام الدليل على صحة وروده. ويرى كثيرون أن سنن الآحاد واجبة الاتباع برغم أنها ظنية الورود، وهذا يثير كثيرا من الخلافات بين المذاهب والأئمة وأهل الاجتهاد. ونصوص القرآن التى توجب طاعة الرسول الكريم هى الأساس القرآنى للالتزام بالسنة، مع ملاحظة التفصيلات المشار إليها .

وعلم السنة واسع يمكن الرجوع إليه فى مصادره المعروفة، لذلك لا نستطيع التوسع فى بحثها فى هذا المجال .

{ب/١٤٨}

﴿عوده﴾ ١٢٨ ـ *هل تُعَدّ كل أقوال الرسول وأفعاله تشريعا ؟* : أفعال الرسول وأقواله على أنواع : فمنها ما صدر منه بصفته بشرا كالقيام والقعود والأكل والشرب، ومثل هذه الأفعال لا تُعَدّ تشريعا-٨٦-؛ لأنها صدرت عن الرسول بمقتضى بشريته وليست جزءا من رسالته .

وبعض الأفعال صدر عن الرسول ودل الدليل على أنها من خصائصه لا يشاركه فيها أحد، كالزواج بأكثر من أربعة-٨٧-، ودخول مكة بغير إحرام، والوصال فى الصوم. وهذه أيضا لا تُعَدّ تشريعا؛ لأنها خاصة بالرسول فلا يشاركه فيها غيره .

وبعض الأفعال صدر عن الرسول وأساسه خبرته الخاصة بالشئون الدنيوية، كالاتجار والزراعة وتنظيم الجيوش، وهذه الأفعال وأمثالها ليست تشريعا أيضا؛ لأن مبناها الخبرة الشخصية، والرسول نفسه كان لا يَعُدّ هذه الأفعال تشريعا. فقد أشار على بعض الصحابة بتأبير النخل على وجه خاص فلم يصلح النخل به-٨٨-، فعدل عن رأيه وقال:

الصدر: تعليق "رقم-٨٦-": ولكنها تصلح دليلا على الجواز .

الشاوى: رأينا فى "تعليق-٨٦-": يقول السيد الصدر إن أعمال الرسول وأقواله كبشر لا تُعَدُّ سنة أو مصدرا للتشريع، لكنها فى نظره تصلح دليلا على الجواز. ونحن لا نوافق على ذلك لأن الجواز لا يحتاج إلى دليل من السنة أو غيرها، إذ الأصل فى الأشياء الإباحة – وهذا مبدأ أصيل من مبادئ الفقه.

الصدر: تعليق "رقم-٨٧-": لم يتزوج النبى (ﷺ) بعد أن نزلت الآية المباركة بتحديد الزواج بأربعة، وإنما كان زواجه بجميع نسائه قبل ذلك. والشيء الذى خص الله به نبيه هو أنه أباح لنبيه (ﷺ) الإبقاء على جميع نسائه وألزم من كان عنده من المسلمين أكثر من أربعة أن يقتصر على الأربعة، وذلك لأن نساءه (ﷺ) أمهات المؤمنين، فلا يجوز لهن التزوج بسواه ولا يجوز لغيره التزوج بهن، فلو فارقهن (ﷺ) لشق ذلك عليهن وقد لا يجدن من يعولهن لاسيما مع وجود أولاد لهن .

الشاوى: رأينا فى "تعليق-٨٧-": نحن نؤيد ملاحظته من أن رسولنا الكريم لم يتزوج بأكثر من أربعة نساء بعد نزول الآية التى تحدد الزواج بأربع – وكل ما اختص به هو عدم التزامه بتسريح زوجاته فيما يزيد على أربع لأن القرآن حرم على زوجاته أن يتزوجن بغيره إذا سرحهن أو مات عنهن.

الصدر: تعليق "رقم-٨٨-": إن إشارة النبى (ﷺ) بتأبير النخل وإن لم يكن تشريعا إلا أنه (ﷺ) الإنسان الكامل فلا يشير إلا بما هو نافع، لأنه (ﷺ) لا يخفى عليه ما هو الصلاح ولو كان لا يعلم ما هو الصلاح فلم يكن يشير بتأبير النخل .

أما الرواية المذكورة فلا يمكن الاعتماد عليها لعدم ثبوت اعتبارها. ولو سلمنا اعتبارها سندا فلا يمكن الاعتماد عليها لأنها تنسب النقص إليه (ﷺ) . =

〈عوده〉 "أنتم أعلم بأمور دنياكم". وفى موقعة بدر أراد أن ينزل بالجيش فى مكان معين، فقال له أحد الصحابة: أهذا منزل أنزلكه الله، أم هو الرأى والحرب والمكيدة؟ قال: "بل هو الرأى والحرب والمكيدة". فأشار الصحابى بإنزال الجنود فى مكان آخر لأسباب بينها فأخذ الرسول بمشورته.

أما الأقوال والأفعال التى صدرت عن الرسول بقصد البيان والتعليم والإرشاد، فهى تشريع ملزم. ومثل ذلك قوله: "صلوا كما رأيتمونى أصلى". وقوله: "خذوا عنى مناسككم". وكقطعه يد السارق اليمنى من الكوع،-٨٩- بيانا لقوله تعالى: ﴿فاقطعوا أيديهما﴾ [المائدة:٣٨]. وكأمره بدفن المرجوم والصلاة عليه حينما سئل عن ماعز فقال : "افعلوا كما تفعلون بموتاكم". وكاختياره سوطا لا هو بالشديد ولا هو باللين حينما أراد إقامة الحد.

= وأما الرواية الثانية فإنه إذا ثبت اعتبارها فإن عدوله عن المكان الذى كان فيه ليس لأنه ظهر لديه فساد رأيه لما أشرنا إليه قريبا من عدم إمكان ذلك لأنه (ﷺ) منزه عن النقص وإنما هو مجاراة لأصحابه تشجيعا لهم على الحرب وتقوية لروح المفاداة فيهم .

〈الشاوى〉 رأينا فى "تعليق ٨٨ ": فيه توسع فى مقتضى مبدإ العصمة لا لزوم له - فى نظرنا لأن الله سبحانه أكد مرارا أن الرسول (ﷺ) بشر، وهذا يجعل العصمة محصورة فيما يتعلق بتبليغ الرسالة سواء عن طريق الوحى القرآنى أو السنة التشريعية فلا تشمل مجرد الأعمال البشرية من النوع الذى أشار له فقيهنا كتأبير النخل أو اختيار موقع الجيش وسلاحه .. إلخ.

〈الصدر〉 تعليق "رقم-٨٩-": الرأى السائد عند فقهاء المذهب الجعفرى هو لزوم القطع من رؤوس الأصابع تبعا لسيرة أمير المؤمنين (ع) الثابتة عندهم بالأخبار المعتبرة. ويروى سيرة أمير المؤمنين هذه الشافعى فى الجزء السابع من كتاب الأم ص ١٨٢ ﴿وأن المساجد لله فلا تدعوا مع الله احدا﴾ [الجن: ١٨]، بناء على ما صرح به بعض المفسرين من أن المراد بالمساجد هنا المساجد السبعة التى يجب السجود عليها ومنها الكف، ولما كانت الأكف لله فكيف تقطع يا ترى ؟!

وأما ما نقله المصنف عن سيرة النبى (ﷺ) من قطع اليد من الكوع فلم يثبت عند فقهاء المذهب الجعفرى بل الثابت خلافه، لأن الثابت من سيرة أمير المؤمنين قطع الأصابع كما مر آنفا، ولم يكن أمير المؤمنين ليخالف سيرة رسول الله (ﷺ)، ولم يختص فقهاء المذهب الجعفرى بهذا الرأى بل وافقهم على هذا القول جمع من غيرهم كما صرح بذلك ابن رشد فى كتابه بداية المجتهد .

〈الشاوى〉 رأينا فى "تعليق-٨٩-": يقدم السيد الصدر أدلة قوية على أنه لا يجوز قطع الكف فى حد السرقة - وأن القطع يقتصر على "رءوس الأصابع" فقط، وهذا موضوع يتعلق بحد السرقة ولابد أن نعود إليه فيما بعد .

عوده ومثل ذلك أيضا ما روى عنه من أن أم سلمة سألته عن قبلة الصائم، فقال لها: "لِمَ لَمْ تقولى لهم إنى أقبل وأنا صائم !". ولما سألته عن بلّ الشعر فى الاغتسال قال: "أما أنَا فيكفينى أن أحثو على رأسى ثلاث حثيات من ماء". ولقد اختلف الصحابة فى الغسل من غير إنزال فأنفذ عمر إلى عائشة رضى الله عنها وسألها عن ذلك؛ فقالت : فعلته أنا ورسول الله واغتسلنا. فأخذ عمر الناس بذلك. وكان عمر يقبل الحجر الأسود فى طوافه ويقول: إنى أعلم أنك حجر لا تضر ولا تنفع، ولولا أنى رأيت رسول الله يقبلك ما قبلتك. ولولا أن فعل رسول الله وقوله متبع لما أخذ الصحابة بفعله وقوله-٩٠- .

الصدر تعليق "رقم-٩٠-" :إن من لوازم الإيمان والإسلام لزوم اتباع رسول الله فى جميع أقواله وأفعاله ولا يحتاج إلى الاستناد إلى عمل الصحابة .

ثم إن ما صدر منه (ﷺ) بقصد تعليم الأمور اللازمة وبيانها فيلزم على المسلمين اتباعه، وما صدر منه (ﷺ) بقصد بيان الأمور المستحبة وتعليمها، فيستحب اتباعه والاقتداء به.

وأما لو أشكل الأمر ولم يعلم أنه (ﷺ) كان قاصدا بيان الأمور الواجبة أو قاصدا بيان الأمور المستحبة، فإن أمر(ﷺ) باتباعه فى فعله والاقتداء به كما فى قوله (ﷺ): "صلوا كما رأيتمونى أصلى، وحجوا كما رأيتمونى أحج "، فيجب حينئذ اتباعه والسير فى خطاه، وأما فى مقام لم يأمر (ﷺ) باتباع فعله، ولم يعلم مراده بيان الفعل الواجب أو المستحب، فلا يثبت بفعله الوجوب ولا يثبت أكثر من رجحان الفعل الذى أتى به، لأنه (ﷺ) كما كان يأتى بالواجبات كان يأتى بالمستحبات.

الشاوى رأينا فى "تعليق-٩٠-": يخفف من أثر قوله السابق (الذى اعترضنا عليه فى تعليقه رقم ٨٨) بشأن ما يصدر عن الرسول مما لا يعد تشريعا – فهو هنا يقول بأنه صلى الله عليه وسلم كان يأتى بالمستحبات وليس بالواجبات فقط ...

وأن نطاق الواجبات محدود فى الحالات التى صرح فيها بالوجوب .

❁ 128 – السنن غير التشريعية :

هناك إجماع على أن بعض ما نقل عن رسولنا من أفعال لا تُعَدُّ تشريعا لنا لأنها من خصائصه صلى الله عليه وسلم ... وقد ذكر فقيهنا أمثلة منها لكنها ليست على سبيل الحصر ... مما أوجد خلافات بشأن نطاق هذه الأفعال، وهذا موضوع علم الحديث والسيرة النبوية .

أهم من ذلك أن ما قام به صلى الله عليه وسلم من أفعال بمقتضى إنسانيته أو خبرته بالشئون الدنيوية لا تُعَدُّ تشريعا لأن غيره قد يكون أكثر منه خبرة بها، وقد أكد ذلك قوله: "أنتم أعلم بشئون دنياكم" .

وقد أشار السيد الصدر فى تعليقه رقم-89- على هذا البند (يراجع) إلى أن الشيعة الجعفرية لا يرون قطع اليد فى حد السرقة لأن أمير المؤمنين سيدنا على يرى أن القطع من رءوس الأصابع – كما يراه الشافعى فى كتاب الأم الجزء السابع ص 182 – واحتج بقوله تعالى: ﴿وأن المساجد لله ... ﴾ [الجن: 18]. وقال إن ابن رشد فى كتابه بداية المجتهد ذكر أنه وافقهم على هذا القول جمع من غيرهم ..

ونتمنى أن يتطوع أحد الباحثين بدراسة هذا الموضوع عند دراسة حد السرقة فى القسم الخاص – ونرجو أن يأخذ فى حسبانه أن قطع الأيدى ورد مرتين فى سورة يوسف – بمعنى إصابة اليد بجروح فى قصة النساء اللاتى قطعن أيديهن .

الفرع الثالث
الإجماع

〈عوده〉 ١٢٩ ـ *تعريف الإجماع* : الإجماع هو اتفاق جميع المجتهدين من الأمة الإسلامية فى عصر من العصور بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم على حكم شرعى-٩١-.

[الصدر] تعـليق "رقم-٩١-": كما فسره بعضهم، أو اتفاق جميع الأمة كما عن آخر، أو اتفاق أهـل الحل والعقد كما عن ثالث، أو اتفاق أهل الحرمين كما عن رابع أو اتفاق أهل المصرين البصـرة والكوفة كما عن خامس. وعن مالك أنه اتفاق أهل المدينة . وربما ذهب بعضهم إلى أنـه اتفاق الشيخين أو الخلفاء الأربعة. وفى بعض المذاهب الإسلامية فسر الإجماع بأنه اتفاق خصوص مجتهديهم، إلى ما هنالك من أقوال فى بيان تحقيق موضوع الإجماع. وأما عند الشيعة الإماميـة فالإجماع المعتبر عندهم هو اتفاق جماعة يكشف اتفاقهم عن رأى إمام معصوم، قلت هذه الجماعة أو كثرت .

[الشاوى] رأينا فى "تعليق-٩١-": يشير إلى آراء مختلفة عديدة فى تعريف "الإجماع"، ويضيف أن الإجماع المعتبر عند الجعفرية هو اتفاق أى جماعة (قليلة أو كثيرة) إذا كان يكشف عن رأى معصوم .

هـذه التعريفات المختلفة ليست متناقضة فى نظرنا بل تشير إلى أنواع متعددة من الإجماع – وهى فى نظرنا قسمان :

الأول هـو الإجماع المطلق – وهو اتفاق جميع الأمة أو جميع ممثليها (سواء وصفوا بأنهم أهل الحل والعقد أو المجتهدون الذين تمنحهم هذه الصفة ليمثلوها فى مجال الاجتهاد الجماعى) فى جيل معين.

القسـم الـثانى يشمل ماعدا ذلك مما ذكره وكلها تدخل فى نطاق الإجماع النسبى الخاص بإقليم معين – أو مذهب – أو جيل معين (مثل الصحابة أو الشيخين).

وجميـع صـور الإجماع النسبى المشار إليها فى التعليق رقم -٩١- هى فى نظرنا من نوع الإجماع النسبى الذى يقنن أو يصدر حكما مستمدا من اجتهاد أو مصدر شرعى سابق عليه .

بـل نرى أن الإجماع المطلق الذى تتفق عليه الأمة جميعها أو جميع من يمثلونها من أهل الحل والعقد أو أهـل الاجتهاد – إنما يكشف عن حكم مستمد من الكتاب أو السنة أو الاجتهاد ... (وإن كان اجتهاد أحد الأئمة أو جماعة من أهل الذكر أو أهل العلم) لأن الإجماع لا بد له من سند .

لذلـك فإننا نذكّر برأينا الذى عرضناه فى تعليقاتنا على هذه البنود (١٢٩ وما بعده) بشأن درجـات الإجمـاع ودوره فى إصدار الأحكام المستمدة من مصدر شرعى سابق عليه – مع مراعاة وجود اختلاف فى المصادر الشرعية .

۞ 129- تعريف الإجماع وتنوع تطبيقاته، ودور الأمة فى اختيار المجتهدين ومناقشة اجتهاداتهم :

ماجرى عليه العمل من وصف الإجماع بأنه اتفاق المجتهدين يمكن الاعتراض عليه بما ورد فى الأحاديث من نسبة الإجماع إلى الأمة كلها، وقد أوردها فقيهنا فى البند-١٣١-. وتفسيرنا لذلك هو أن المجتهدين يمثلون الأمة فى الإجماع وفى الاجتهاد، لأن جمهور الأمة هو الذى يعترف للفقيه بصفة مجتهد، وهذا الاعتراف بذاته يُعَدّ تفويضا لهم ليمثلوا الأمة فى نطاق التشريع، سواء فى الإجماع أو التقنين أو الاجتهاد. ونظرا لتطور الظروف وتقدم سبل الاتصال فيمكن أن تختارهم الأمة بالانتخاب - حتى تتاح للجماهير فرصة استبعاد من لايثقون فيهم ويسمونهم عادة "فقهاء السلاطين" الذين يفقدون ثقة الجماهير بسبب تقربهم من الحكام المستبدين أو المغتصبين ولا يعتزون باستقلال الشريعة عن الدولة ومن يمثلونها .

وقد أشرنا فى كتابنا "فقه الشورى"[1] إلى "أن وصول المرء إلى مرتبة الاجتهاد لم يعرف فى تاريخنا بتولى منصب من مناصب الدولة ولابالحصول على اللقب من هيئة رسمية أو بشهادة دراسية من مؤسسة علمية أو دينية رسمية أيا كانت - إنما عرف المجتهدون بإقرار جمهور الناس وجمهور العلماء، أى بشهادة الرأى العام لهم بذلك" .

ومعنى ذلك أن جمهور الأمة هو الذى يمنح للفقيه صفة المجتهد؛ وهذا هو الذى يفسر لنا ما جرى عليه كثير من الباحثين من نسبة الإجماع إلى المجتهدين، ولايكون ذلك متعارضا مع نسبة الإجماع للأمة .

ونحن نفضل أن ننسب الإجماع للأمة لا للمجتهدين، لأنها هى التى منحتهم هذه الصفة وهذا التفويض،[2] فهم يمثلونها ويعملون لحسابها وباسمها لا باسم الدول ورؤسائها ولا باسم هيئة دينية أو طائفة معينة.

---

(1) يراجع كتابنا فقه الشورى والاستشارة البند (38) .

(2) ونرى أنه فى المستقبل إذا أردنا تنظيم مجلس للاجتهاد أو الإجماع، فإنه يجب أن تتاح الفرصة للجماهير ذاتها لتختار من بين العلماء من تثق فى أنهم مستقلون فعلا عن السلاطين وأشباههم وتمنحهم هى صفة الاجتهاد - ونذكر القراء بأن الأئمة الذين رفضوا تولى القضاء رغم إلحاح بعض الخلفاء والسلاطين إنما أرادوا بذلك الاحتفاظ بثقة العامة التى كانت تكره السلاطين أو الخلفاء الذين استولوا على السلطة بالغلب والقوة ولم يلتزموا بالشورى ولا تثق بفتاوى من يخالطونهم أو يعاونونهم - وأن العامة عندما منحت صفة الإمامة للفقهاء الذين حافظوا على استقلالهم إزاء أصحاب السلطة قد راعت فى ذلك ما اتصفوا به من عدم التقرب لحكام الجور وعدم إقرارهم لولايتهم .

۞ الإجماع المطلق والنسبي وإجماع الأمة أو الشعوب أو الجماعات المتفرعة منها:

يضاف لذلك ما أشرنا إليه فى بحثنا فى فقه الشورى من أن المجتهدين لايختصون بعملية الاجتهاد ولاينفردون بها لأنهم يعرضون آراءهم فى دروسهم بالمساجد المفتوحة للجماهير ويحضرها العامة والعلماء والتلاميذ ويناقشونهم فيها - وبذلك يكون للجمهور دور فى مناقشة الاجتهادات التى تنسب لهؤلاء العلماء، بل وفى الرقابة عليهم للتأكد من أن آراءهم لاتخدم ذوى السلطة أو الأمراء أو السلاطين.

لكن إجماع الأمة كلها ليس هو الصورة الوحيدة للإجماع، فكل جماعة من جماعات الأمة مهما صغرت يمكن أن تتخذ قرارا بالإجماع. ولكن الجماعات التى تتكون منها الأمة يكون إجماعها نسبيا لأن أثره يكون محدودا فى نطاقها، ولايجوز أن ينسب إلى الأمة كلها - فهو إجماع نسبى - مثل إجماع الشيعة على عصمة الأئمة، أو إجماع أهل السنة على غير ذلك، أو إجماع شعب من الشعوب الإسلامية على اختيار مذهب أبى حنيفة كما هو الحال فى الدولة العثمانية وفى مصر حاليا وهكذا.

فالإجماع كما هو واضح من حيث نطاقه قسمان إجماع كامل مطلق يشمل الأمة كلها، ونسبى يخص إحدى الجماعات أو أحد الشعوب المكونة لها.

وهناك تقسيم آخر أشار إليه فقيهنا وهو التمييز بين الإجماع المطلق ومايسمى إجماع الجمهور، أى أغلبية الأمة وأغلبية الشعب أو الجماعة. وهذا يعنى القرار الملزم الصادر عن أغلبية فى الأمة أو الشعب أو الجماعة.

وأهمية هذه التقسيمات أن كل إجماع منها يمكن تعديله أو إلغاؤه بإجماع مماثل له من حيث نطاقه أو الأغلبية اللازمة له.

* * *

وهناك تشابه وتداخل بين الإجماع والاجتهاد. فالأصل أن الإجماع مصدر للأحكام الشرعية يلى فى الأهمية الكتاب والسنة، ويليه الاجتهاد (أو القياس أو غيره من المصادر المختلف عليها التى نَعُدّها صورا من الاجتهاد مثل المصالح المرسلة والاستحسان والاستصحاب .... وهكذا) .

ومعنى ذلك أن الإجماع مصدر منشئ للأحكام فى الموضوعات التى لايوجد لها حكم فى الكتاب والسنة، ومع ذلك فإنهم يقولون إن كل إجماع لابد أن يكون له سند شرعى من الكتاب والسنة. وقد يفهم من ذلك أن هذا تناقض، ويزول هذا التناقض فى نظرنا إذا

❁ التقنين أو الإصدار يكون إجماعا على الالتزام برأى معين مستمد من مصدر سابق، سواء اقترن باجتهاد معاصر أم لا :

قلنا إن الإجماع فى هذه الحالات يكون متضمنا للاجتهاد، لأنه لايقف عند حد تأكيد حكم ورد به نص فى الكتاب والسنة، وإنما يتضمن اجتهادا مستندا إلى هذه النصوص الشرعية. مهما يكن هذا الاجتهاد محدودا، يصل إلى حد التفسير ....

ولما كنا قد أشرنا إلى أننا فى عصر التنظير، وأن الاجتهاد لايلزم أن يكون مستندا مباشرة إلى نص شرعى، بل يلزم فى كثير من الأحيان أن نستنبط الحكم بناء على نظرية من النظريات التشريعية، فإن الاجتهاد وبالتالى الإجماع يكون مجاله أكثر مرونه واتساعا ويكون واضحا فيه دور الجماعة فى استنباط أحكام فى مسائل لايوجد فيها نص فى الكتاب والسنة. ومع ذلك، فإنه يستند إلى نظريات أو مبادئ مستمدة من النصوص الشرعية، مثل نظرية لاضرر ولاضرار ونظرية المساواة وتضامن الأسرة ووحدتها والتكافل والعدل الاجتماعى – وهكذا ....

وفى حالة ماإذا لم يكن الإجماع متضمنا لأى اجتهاد، بأن يقتصر على اختيار مذهب ما، فإنه يكون فى نظرنا مجرد تقنين لأحكام مختارة من الفقه الموجود يقصد به إلزام القضاة بهذه الأحكام دون غيرها لوضع حد لاختلاف أحكام القضاء أو التناقض بينها .

وفى أكثر الأحيان يكون التقنين شاملا لأحكام مختارة من آراء السلف مضافا إليها اجتهادات معاصرة فى الموضوعات التى لايوجد لها حكم فى الفقه الموروث .

وعلى العموم، فإن الإجماع يكون دائما متضمنا لإصدار تقنين شرعى، ويقوم بمهمة إصدار الأحكام الشرعية – يماثل إصدار القوانين الوضعية حاليا – لكنه يمتاز عنها بأن شريعتنا تجعله من اختصاص أهل الاجتهاد، لا من سلطة رؤساء الدول كما هو الحال فى القوانين الوضعية. وبهذا تحتفظ شريعتنا باستقلالها عن الدولة وسيادتها على المجتمع بما فيه الدول ذاتها ....

عوده ١٣٠ ـ *حجية الإجماع*: إذا اتفق جميع المجتهدين فى الأمة الإسلامية متفرقين أو مجتمعين على حكم واقعة من الوقائع كان هذا الحكم المتفق عليه واجب الاتباع، وعُدَّ الإجماع دليلا قطعيا على الحكم-٩٢-. أما إذا كان الرأى صادرا من أكثرية المجتهدين فإنه يعد دليلا ظنيا، ويجوز للأفراد اتباعه ويجوز للمجتهدين أن يروا خلافه، ما لم ير ولى الأمر أن يوجب اتباعه فيصبح فى هذه الحالة واجب الاتباع-٩٣- .

الصدر تعليق "رقم-٩٢-": الإجماع وإن وصف بالحجية فى لسان جميع المذاهب فى الإسلام، إلا أن حجيته بنظر فقهاء المذهب الجعفرى متقومة بكشفه عن رأى المعصوم كما مرت الإشارة إليه، ولا يشترط فى حجيته اجتماع المجتهدين فى عصر واحد فضلا عن جميع العصور، بل الشرط عندهم اجتماع جماعة يكشف إجماعهم عن رأى معصوم من نبى أو إمام .

الشاوى رأينا فى "تعليق-٩٢-": يشير السيد الصدر إلى رأى فقهاء المذهب الجعفرى، هو أن حجية الإجماع تستمد من أنه يكشف عن رأى المعصوم، سواء كان نبيا أو إماما. وما يقوله فى هذا التعليق يؤكد قولنا إن الدور المهم للإجماع هو أنه تقنين لحكم مستمد من مصدر شرعى سابق عليه. ولكننا لا نوافقه فى أن المصدر الشرعى الوحيد هو ما سماه "رأى معصوم".

الصدر تعليق "رقم-٩٣-": المراد بولى الأمر رئيس الدولة الإسلامية بحق، ورئيس الدولة بعد انتهاء عهد النبوة الزاهر هو الإمام المعصوم مع وجوده، وأما مع غيبته كما فى أيامنا الحاضرة فهو الحاكم العادل الذى تنتخبه الأمة الإسلامية ويأخذ دستوره من الإسلام وشريعته وقرآنه. فإن كان ولى الأمر هو الإمام فلا مجال للاجتهاد المعارض له لأن كلامه نص شرعى ولا اجتهاد فى قبال النص.

هذا إذا أمر الإمام بأمر لكونه هو الحكم الواقعى. وأما إذا حكم عليه السلام بحكم مؤقت إلزامى اقتضته المصلحة العامة فى وقت خاص مع تصريحه بعدم كونه حكما إلزاميا دائميا، ومثاله : لو اقتضت المصلحة الإسلامية بمنع السفر إلى بعض البلاد الكافرة فى زمان خاص مع تصريحه (ع) بأن نهيه (ع) ليس لحرمته فى الشريعة الإسلامية وإنما نهى عنه وفقا للمصلحة التى تقتضى النهى عنه مؤقتا، فإنه لا مانع من اختلاف المجتهدين، والحال هذه فى حكم المسألة فى الشريعة الإسلامية وهل هو الإباحة أو الكراهة أو الاستحباب مع العلم بعدم الحرمة واقعا وأنه لازم الترك فى الظرف الذى نهى عنه الإمام إطاعة لأمره (ع). وأما إذا لم يكن رئيس الدولة هو الإمام المعصوم فلا يمنع أمره بترك شىء اختلاف المجتهدين فى تلك المسألة . وإن كان الرأى الذى يجب تطبيقه ظاهرا والعمل على وفقه هو ما أمر به رئيس الدولة الإسلامية.=

= الشاوي رأيـــنا فى "تعليق-٩٣-": يعود للقول بأن المقصود بولى الأمر هو الإمام الذى توافرت فى ولايـــته شروط الشرعية – مع إشارته إلى أن المذهب الجعفرى يعترف بالعصمة للأئمة من آل البيت دون غيرهم ممن تختارهم الأمة لينوبوا عنهم فى زمن الغيبة .

ونحـــن نذكر برأينا الذى لا نحيد عنه – وهو أن من تختاره الأمة للإمامة سواء كان من آل البيت أو غيرهم، فإنها هى التى تحدد له نطاق صلاحياته .

ونحـــن نرى أنه ليس من المصلحة أن يجمع رئيس الدولة بين ولاية السلطة التنفيذية وولاية الاجـــتهاد والتشريع. لقد سار الفقه فى جميع عصورنا على حرمان الخلفاء ورؤساء الدول من التدخل فى الفقه أو الاجتهاد أو التشريع، ونعتقد أن هذا هو الاتجاه الصحيح الذى يحمينا من الحكم الشمولى. ومن الملاحظ أن الدستور الإيرانى للجمهورية الإسلامية قد أخذ بهذا المبدإ .

أمـــا قوله فى حالة وجود الإمام المعصوم فإنه لا مجال للاجتهاد المعارض له لأن كلامه نص شرعى، فإننا قلنا دائما بأن أهل السنة لا يعترفون بنسبة العصمة لأحد غير الرسل .

❁ 130 – الأصل أن الإجماع مقنن دائما لحكم سابق عليه يُعَدّ سندا له لكنه يكون منشئا للأحكام إذا تضمن اجتهادا مقترنا به :

نذكّر بما قدمناه من أن أولى الأمر فى مجال الفقه والتشريع هم المجتهدون الذين يمثلون الأمة ويعملون باسمها ونيابة عنها كما بينا؛ فعبارة "ولى الأمر" التى يستعملها الفقهاء فى هذا الصدد لايجوز فى نظرنا أن تنصرف إلى السلطان أو الأمير أو الخليفة أو الرئيس أو غيرهم ممن يتولون السلطة التنفيذية .

يؤيد ذلك أنه عاد فى البند التالى (131) وأشار إلى أن أولى الأمر المشار إليهم فى سورة النساء (الآية 59) يُقصد بهم الحكام والعلماء معا؛ ثم عاد فى نفس الفقرة فقال: إن المقصود بأولى الأمر فى (الآية 83) من نفس السورة هم "العلماء" – وقال أيضا: "إذا أجمع العلماء على حكم وجب اتباعه لأن طاعتهم واجبة بنص القرآن"؛ وقد يظن البعض أن هناك تناقضًا بين هذه العبارات إلا أن هذا الظن يزول إذا لاحظنا أن كلمة الحاكم فى لغة فقهائنا كان يُقصد بها القاضى، وأن القضاة كان يشترط فيهم أن يكونوا علماء أو من المجتهدين.

وسنرى أن الإجماع لابد له من سند شرعي. ومعنى ذلك أن دوره الأول هو إلزام الجميع بحكم معين؛ سواء كان مصدره قطعيا من الكتاب أو السنة أو كان مجرد مصدر ظنى كالاجتهاد أو (القياس) الموروث أو المستحدث .

والأصل أن يكون الاجتهاد الموروث منسوبا لأئمة المذاهب المعروفة. وهنا يكون الإجماع كاشفا لهذا الحكم، لكن إذالم يوجد بالفقه الموروث حكم لمشكلة مستحدثة، فإن أهل الاجتهاد يجمعون بين مهمة استنباط حكم مستحدث يكون هو سند إجماعهم مضافا إليه قرار بالتزامه، وهذا هو الإجماع. أما الاجتهاد المقترن به فهو سنده .

وفى هذه الحالة يكون الإجماع مصدرا منشئا لحكم جديد اقترن به وليس كاشفا لحكم سنده سابق عليه ....

〈عوده〉 ١٣١ ـ *الأساس التشريعي للإجماع* : أساس الإجماع هو القرآن والسنة. فالاجتهاد لا يقوم على التحكم وإنما يقوم على مبادئ الشريعة العامة وروحها فيما لم يرد فيه نص صريح فى القرآن أو السنة-٩٤-، واتفاق المجتهدين على حكم معين قاطع فى موافقة هذا الحكم لمبادئ الشريعة العامة وروح التشريع فيها؛ لأن اجتماعهم على حكم واحد مع اختلاف الأقطار والبيئات والمذاهب دليل على أن وحدة الحق هى التى جمعتهم-٩٥- .

[الصدر] تعـليق "رقم-٩٤-": الرأى السائد عند فقهاء المذهب الجعفرى عدم اعتبار الإجماع فى مـورد فيـه نص موافق للإجماع، لأن الإجماع الموافق للنص لا يكون كاشفا عن رأى الإمام لاحـتمال استناد المجتمعين إلى النص، ولا يمكن تحقيق إجماع مخالف لنص قطعى فى الكتاب أو السنة القطعية، إذ لا يتصور إجماع المجتهدين على رأى مخالف للنص القطعى.

[الصدر] تعليق "رقم-٩٥-": ليت شعرى، كيف يكون اجتماع جماعة من الناس على رأى يكون دليلا على الحكم وليس فيهم معصوم مأمون من الغلط ؟! وكيف يعلم أن وحدة الحق هى التى جمعـتهم، إذ لعل اتفاقهم كان بدافع العادة أو العقيدة أو الانفعالات النفسية، أو كان ذهابهم إلى هذا الرأى لشبهة عرضت لهم، أو لنحو ذلك من الأسباب التى يحتمل أن تكون هى السبب لاتفاقهم، إذا لم يكن فيهم معصوم لا يحتمل فيه ذلك ولا يكون إجماعهم كاشفا عن رأى الإمام (ع)؟ وكيف يمكننا أن نحكم بأن ما أجمعوا عليه هو الحق ولو أن اتفاق جماعة من الناس بما هو اتفاق كيفما كان وبأى دافع، كان حجة ودليلا، ولا يقول بذلك أى فقيه يرى حجية الإجماع.

وأما ما ذكره الطوفى فى كتابه مصادر التشريع من الاستدلال على حجية الإجماع بقوله إن الجمـع الغفـير مع استفراغ الوسع فى الاجتهاد وإمعان النظر فى طلب الحكم يمتنع فى العادة اتفـاقهم على الخطإ، فقد أشكل عليه بالنقض بإجماع اليهود والنصارى وسائر أهل الملل على ضلالتهم مع كثرتهم وفضلهم واجتهادهم وإمعانهم فى النظر .

أما حل هذا البرهان فتقريبه أنه لا استبعاد فى اتفاقهم على الخطإ، وما أكثر ما يقع الاشتباه فى الأمور الحدسية والبرهانية وكم اتفق الفلاسفة على أمر برهانى ثم انكشف خطؤه بعد ذلك، وتـاريخ العـلماء ملىء بذلك . فلا يكون الإجماع دليلا شرعيا إلا إذا كان كاشفا عن رأى الإمـام المعصـوم، وذلـك فـيما إذا كان المجمعون علماء الشيعة الإمامية لأن إجماع غيرهم لا يكشـف عـن رأى المعصوم، ويشترط فى كشفه عن رأى المعصوم الذى هو ملاك حجيته الاّ تكون المسألة عقلية لأن اتفاقهم على مسألة عقلية يحتمل استنادهم إلى براهين عقلية لا إلى رأى المعصـوم. كما يشترط فى حجية الإجماع الاّ تكون المسألة موافقة للاحتياط فإن اتفاقهم على رأى موافق للاحتياط يحتمل أن يكون لأجل الاحتياط .

فإذا اتفق مجتهد والطائفة الشيعية بالشرائط التى ذكرناها آنفا فإن اتفاقهم يكون كاشفا عن دليل قطعى وصل إليهم من إمامهم. فالاعتماد على ذلك الدليل والإجماع كاشف عنه ومبين له.=

عوده وقد دعا القرآن والسنة إلى عَدِّ الإجماع تشريعا ملزما، فقوة الإلزام فى الإجماع وعَدّه مصدرا تشريعيا مرده إلى نصوص القرآن ونصوص السنة .

القرآن : فأما القرآن فقد قال الله تعالى: ﴿يأيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم﴾ [النساء:٥٩]. ومن المتفق عليه-٩٦- أن أولى الأمر فى هذه

= وقد اختلفت آراء فقهاء المذهب الجعفرى فى الاتفاق الذى يكون كاشفا عن رأى المعصوم، فقد يكون اتفاق جماعة من العلماء دليلا بنظر فقيه لكونه كاشفا بنظره عن رأى الإمام ولا يكون كاشفا بنظر فقيه آخر إذ لا يحصل له العلم باستنادهم إلى دليل قطعى من الإمام.

الشاوى رأينا فى "التعليقين-٩٤-، -٩٥-": يعود للإشارة إلى أن الإجماع الكاشف (المقنن) لحكم مستمد من الكتاب والسنة، لا يُعَدُّ فى مذهبهم إجماعا، لأنه مجرد إصدار الحكم المستمد من النص. أما الإجماع المُعْتَدُّ به فى نظرهم فهو الذى يكشف (يقنن) حكما مستمدا من رأى الإمام المعصوم. يريد بذلك إنكار أى قيمة لرأى جماعة ليس فيها إمام معصوم. أو لا تكشف عن رأيه بإجماعها، ويصل بذلك إلى القول بأن المعتدّ به عندهم هو إجماع فقهاء المذهب الجعفرى وحدهم، أما إجماع غيرهم فلا يكشف عن رأى الإمام المعصوم لمجرد أنهم لا يعترفون بالعصمة لأى إمام بعد الرسول .

ولا نوافقه فى رده على ما ذكره (الطوفى) فى كتابه عن مصادر التشريع فى الاعتراف بحجية الإجماع بصرف النظر عن وجود رأى للمعصوم أولا. وهذا القول الذى قاله "الطوفى" وعارضه هو الصحيح فى نظرنا .

الصدر تعليق "رقم-٩٦-": بل الرأى السائد بين المفسرين أن المراد بأولى الأمر فى الآيتين المباركتين، الأمراء الذين يقتضى حفظ النظام طاعتهم وامتثال أوامرهم. وقد اختلف المفسرون فيما بينهم فى أن المراد بأولى الأمر، هل هو كل ما يلى أمر المسلمين أم خصوص الذين جعلهم الله أولى الأمر وأوكل إليهم أمر الأمة .

الرأى السائد عند أهل السنة هو الأول، والرأى السائد بين الشيعة هو الثانى استنادا إلى أخبار معتبرة عندهم ورد بعضها من طرق علماء الشيعة وبعضها من طرق حفاظ السنة، وقد ذكرت الأخيرة فى كتاب ينابيع المودة من ص ١١٤ إلى ص ١١٧. ولم يفسر أولى الأمر بالعلماء إلا شاذ من المفسرين ولم أجد من فسرها بالعلماء والأمراء معا، ولو سلم أن المراد بأولى الأمر العلماء والأمراء فلا تكون دليلا على حجية الإجماع لأن ظاهر الآية المباركة أن الله سبحانه أمر غير أولى الأمر بإطاعة أولى الأمر، فإذا كان المراد منهم العلماء فيكون معنى الآية أمر الجهال بإطاعة أمر العلماء لا أن إجماع العلماء يكون حجة على من يأتى بعدهم من العلماء، كما يشهد لذلك أن المراد إطاعة أمر كل فرد من أولى الأمر ولا يشترط إجماعهم. فإذا كان المراد العلماء وأن الأمر بإطاعة العلماء يشمل حتى العلماء فإن لازم ذلك أنه يجب على العلماء إطاعة أى عالم كان، ولم يذهب فقيه إلى ذلك . =

عوده الآية مقصود بهم الحكام والعلماء معا، فكل منهم ولى أمر فى عمله، فإذا أجمع العلماء على حكم وجب اتباعه؛ لأن طاعتهم واجبة بنص القرآن. كذلك قال الله تعالى: ﴿ولو ردوه إلى الرسول وإلى أولى الأمر منهم لعلمه الذين يَستَنبطُونه منهم﴾ [النساء:٨٣]. والمقصود بأولى الأمر فى هذه الآية العلماء .

السنة : أما السنة فجعلت رأى الجماعة صوابا خالصا بعيدا عن الخطإ، وعَدَّت الرأى المجمع عليه حسنا عند الله، فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "لا تجتمع أمتى على خطإ". وقال: "لم يكن الله ليجمع أمتى على ضلالة". وقال: "ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن"-٩٧- .

= الشاوى رأينا فى "تعليق-٩٦-": يعقد موازنة بين ما ينسبه إلى أهل السنة من أن ولى الأمر هو كل من يلى السلطة بالحق أو بالباطل، وما ينسبه إلى الشيعة من أن المقصود به من يستمد الولاية بالطريق الشرعى – وفى كلا الحالين لا نقره على هذا التعميم لأن آراء السنة مختلفة. ونحن نرجح القول بأن أولياء الأمر فى التشريع هم أهل الاجتهاد وليس رؤساء السلطة التنفيذية – كما أننا لا نقر ما ينسبه إلى الشيعة من أن الأئمة المعصومين يستمدون ولايتهم من الله سبحانه، لأنه أشار مرارا إلى أنه فى حالة الغيبة فإن الأمة هى التى تختار من تمنحه الولاية بشروطها – ونرجح أن أول هذه الشروط عدم تدخل الإمام المنتخب فى التشريع الذى يبقى حرا لجميع من يتوافر لديهم أهلية الاجتهاد الفردى أو الجماعى.

لذلك لا نوافق على اعتراضه على قول الشهيد عوده بأن أولى الأمر هم العلماء – ولكن هذا لا يعنى طاعة كل عالم أو فقيه دون غيره، بل إن للفرد والجماعة الاختيار بين الآراء والمذاهب المختلفة التى يفتى بها العلماء، فلا يجوز لأى عالم أن يفرض رأيه وحده على الناس ويحرمهم من حرية الاختيار بين المذاهب والآراء المختلفة التى هى ثروة للأمة تعتز بها وتستفيد منها حسب ظروف الزمان والمكان.

الصدر تعليق "رقم-٩٧-": إنه (ﷺ) فى هذه الروايات الثلاث اخبر عن عدم اجتماع أمته على خطإ أو على ضلالة، وأن ما رآه المسلمون حسن فهو حسن، ولا تختص هذه الأخبار بالمجتهدين لتكون دليلا على حجية الإجماع .

الشاوى رأينا فى "تعليق-٩٧-": نؤيد قوله إن الأحاديث التى أوردها فقيهنا بشأن حجية الإجماع يقصد بها إجماع الأمة كلها وليس إجماع المجتهدين وحدهم. ورأينا هو أنه يمكن القول بحجية إجماع المجتهدين على أساس أنهم يمثلون الأمة وأنها هى التى اختارتهم ليمثلوها فى مجال الاجتهاد أو التقنين. وعلينا تحديد الطريق النظامى لكى تقوم الأمة بحرية كاملة بهذا الاختيار، ولا يكون للسلاطين والمستبدين دور فى ذلك يستغلونه لتدعيم سلطانهم.

131- دوره فى التشريع أنه مصدر مباشر للالتزام برأى معين له مصدر سابق أو مقارن له :

نلاحظ أنه أشار إلى أمرين هما : قوة الإلزام فى الإجماع، وثانيهما : هو عَدُّه مصدرا تشريعيا؛ ولذلك فإننا نرى أن للإجماع وظيفتين :- أولاهما : أنه يعطى قوة الإلزام لحكم موضوعى يختاره من سند سابق عليه ومستمد من أحد مصادر التشريع الأخرى (الكتاب أو السنة أو الاجتهاد) - وثانيتهما : أنه قد يكون هو بذاته مصدرا مباشرا للتشريع فى حالة ما إذا استنبط المجمعون حكما جديدا مستحدثا باجتهادهم وليس له سند سوى اجتهاد الذين أجمعوا، وهنا يكون سند الإجماع اجتهادا معاصرا للإجماع ومندمجا فيه[1] ... والمفروض هنا أن يصدر الإجماع ممن يقومون بمهمة الاجتهاد باعتراف الجمهور أو العامة لهم بهذه الصفة فيكونون بذلك ممثلين للأمة التى ينسب إليها الإجماع - وفى هذه الحالة يكون قرار الجماعة أو ممثليها القائمين بالاجتهاد نتيجة عمليتين هما الاجتهاد والإجماع معا.

وأولو الأمر فى الإجماع هم أولو الأمر فى التشريع والاجتهاد كما قدمنا فيما سبق - وهم "أهل الاجتهاد" فى زماننا ....

(1) مثال ذلك فى نظرنا استحداث التعزير على جريمة إصدار شيك بدون رصيد والعقاب عليها بعد شيوع التعامل بالشيكات التى لم يعرفها فقهاؤنا من قبل، وبالتالى فإنهم لم يتكلموا عن هذه الجريمة ولم يبحثوا أحكامها. فالإجماع الآن استقر على عَدّ الفعل جريمة تستحق التعزير بحسبانه صورة "عصرية" للاعتداء على مال الغير، وأن مبدأ تحريم العدوان على أموال الناس أحد مقاصد الشرعية الثابتة ونظرية تشريعية مستفادة من النص الذى يعاقب على السرقة .

<عوده> ١٣٢ـ *الإجماع مصدر القوانين واللوائح والقرارات* : القوانين الجنائية هى النصوص التى تصدرها السلطات المختصة بسن القوانين بغض النظر عن شكل الحكومة الدستورى. وهذه النصوص تسمى فى مصر قوانين إذا جاءت عن طريق البرلمان، وتسمى مراسيم بقوانين إذا أصدرها الملك فى غيبة البرلمان، طبقا للمادة ٤١ من الدستور المصرى، وفى كلا الحالين يجب أن تقرها أغلبية من أعضاء البرلمان، فإذا أقرتها الأغلبية، أمر الملك بإصدارها، وأصبحت ملزمة للأفراد. فمصدر القوانين هو الإجماع الناقص، أو هو إجماع الأكثرية على القواعد والمبادئ التى يحتويها القانون. وقوة القانون الملزمة لا تأتى من هذا الإجماع وإنما من أمر ولى الأمر بإصدار القوانين ووضعه موضع التنفيذ فالإجماع هنا دليل ظنى لا قطعى-٩٨- .

واللوائح والقرارات هى ما تصدره السلطات الإدارية والمحلية من قواعد لتنفيذ قانون ما، بناء على السلطة المخولة لهذه السلطات بنص القانون، فمصدرها هو مصدر القانون أى الإجماع الناقص، وقوتها الإلزامية مستمدة من أمر ولى الأمر الذى أصدر القانون، وخول لمن وكل إليه التنفيذ سلطة التنفيذ .

١٣٣ـ *مركز القوانين واللوائح والقرارات من التشريع الإسلامى*: تعد القوانين والقرارات واللوائح مكملة للتشريع الإسلامى؛ لأن الشريعة تعطى لأولى الأمر حق التشريع فيما يمس مصلحة الأفراد ومصلحة الجماعة، وفيما يعود على الأفراد والجماعة بالنفع. فللسلطة التشريعية-٩٩- فى أى بلد إسلامى أن تعاقب على أى فعل مباح إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، ولها أن تعفو عن الجريمة أو عن العقوبة(١) إذا كانت الجريمة من جرائم التعازير واقتضت المصلحة العامة العفو عن الجريمة، أو العفو عن العقوبة كلها أو بعضها، ولها أن تضيق من سلطان القاضى فى أى جريمة من جرائم التعازير وأن تتركه واسعا مادامت المصلحة العامة تقتضى هذا .

والقوانين والقرارات واللوائح التى تصدرها السلطة التشريعية-١٠٠- تكون نافذة واجبة الطاعة شرعا، بشرط ألاّ يكون فيها ما يخالف نصوص الشريعة الصريحة أو يخرج على مبادئها العامة وروح التشريع فيها، وإلا فهى باطلة بطلانا مطلقا كما سنبين فيما بعد عند الكلام على النسخ .

[الصدر] تعليق "رقم-٩٨-": لا يصدق الإجماع المصطلح على اتفاق أكثرية البرلمان لعدم حصول الاتفاق الكامل وعدم اجتهاد المتفقين .

[الصدر] تعليق "رقم-٩٩-" :فى الدولة الإسلامية التى نالت سلطتها بحق شرعى .

[الصدر] تعليق "رقم-١٠٠-": ذات الحق الشرعى كما ذكرنا آنفا .

[الشاوى] رأينا فى "التعليقات-٩٨- إلى -١٠٠-": تراجع الحاشية .

(١) راجع الفقرة ١٩١ وما بعدها .

132، 133 – قرار الشورى بالأغلبية ملزم بحسبانه إجماعا ناقصا:

نحن نوافق على أن الإجماع ليس من درجة واحدة؛ فإن هناك إجماعا كاملا صادرا عن الأمة كلها أو عن ممثليها الذين تختارهم بحرية كاملة وتفوضهم فى ذلك .

لكن يوجد إلى جانب ذلك أنواع أخرى من الإجماع الناقص ....

والإجماع الناقص الذى أشار إليه هنا هو ما يعرف فى الفقه بأنه إجماع الجمهور، أى "الأكثرية"، ويكون بقرار شورى بالأغلبية؛ وهذا يؤيد ما نذهب إليه من أن المقصود بالإجماع عملا هو التزام الجماعة كلها بقرار الأغلبية بالشورى. فالإجماع يكون دوره هو إلزام الجميع بقرارات الشورى .

إلا أننا نلاحظ مرة أخرى أنه لايميز بين "أولى الأمر" فى التشريع وهم أهل الاجتهاد من العلماء وأهل الذكر، وبين ولى الأمر التنفيذى أى رئيس الدولة أو السلطان؛ لأنه تأثر بالنظم العصرية التى يقوم فيها رئيس الدولة بإصدار القانون وإعطائه القوة التنفيذية الملزمة للجميع رغم أن البرلمان وافق عليه بالأغلبية فقط – فى حين أن الأصول الإسلامية تفصل بين التشريع والتنفيذ؛ وقيام رؤساء الدول بالإصدار هو إقرار منهم بالتزامهم تنفيذ ماأقره أهل الاجتهاد لأن إلزام أحكام الشريعة ذاتى، مستمد من مصادرها الإلهية لا من سلطات "الدولة".. أما رئيس الدولة فإنه يعلن فقط التزامه بتنفيذ ماتوصل إليه المجتهدون أو من أجمعوا أو يأمر باعلانه ليطلع عليه الجميع ويلتزموا به .

ورأينا أن الإجماع فى هذه الحالة يلزم رئيس الدولة بالإصدار، لأنه يستند إلى أصل شرعى هو أن جميع من ينتمون للأمة يلتزمون بقراراتها الشورية حتى ولو كانت صادرة عن إجماع "ناقص" أى بالأغلبية .

وسوف نوضح رأينا فى تعدد صور الإجماع الناقص ووجوب التمييز بين أنواع مختلفة منه تتفاوت فى مدى إلزامها – ودور الإجماع فى تقنين التعازير – فى نهاية هذا الفرع بعد البند (134) .

إننا لانوافق على استعمال كلمة "السلطة التشريعية" فى فقهنا؛ لأن الناس فى عصرنا يفهمون منها أنها إحدى سلطات الدولة؛ فى حين أن "السلطة التشريعية" فى ديننا هى لله سبحانه وتعالى – وبذلك تكون شريعتنا مستقلة تماما عن الدولة بجميع سلطاتها – وتكون للشريعة السيادة والهيمنة على الدولة والمجتمع بجميع هيئاته التنفيذية بما فيها ما يعرف فى عصرنا بالسلطة التشريعية والسلطة القضائية والتنفيذية؛ فكلها سواء فى الخضوع لسيادة شريعتنا .

❁ الإجماع تعبير عن إرادة من يمثلون الأمة فى الاجتهاد لكي تلتزم به سلطات الدولة وتلزم به الكافة :

وبرغم إعجابنا بما يبذله من جهد لتقريب النظم المعاصرة لمبادئ شريعتنا وأحكامها، فإننا نرى أنه يجب أن نسبق النظم المعاصرة ونضع الأسس لنظم مستقبلية تقاوم الاتجاه الشمولى الذى ينسب التشريع للدولة وسلطاتها، وعلينا أن نؤكد أن شريعتنا مصدرها إلهى؛ يعبر عنه العلم والفقه والفكر الحر لأهل الاجتهاد وأهل الذكر الذين يمثلون الأمة، ودور الدولة وسلطاتها هو مجرد إعلان قرارهم للجميع وإلزامهم وإلزام سلطاتها بتنفيذه.

وعلى ذلك، فإن ما يسميه قوانين وقرارات ولوائح إذا كانت شرعية فإنها تصدر بتفويض ممن يتولون مهمة الاجتهاد ... فالإيمان بالله سبحانه وتعالى وبالعلم والفكر الحر وحق الأمة فى اختيار من يمثلونها من أهل الاجتهاد هو الضمانة التى قررتها شريعتنا لحماية الشعوب من بغى من يستولون على السلطة بالقهر والغلب ويدعون لأنفسهم سلطة التشريع الوضعية.

إن الدولة العادلة الشرعية، ما عليها إلا أن تفسح المجال لذوى الفكر والعلم وأهل الذكر ليقوموا بمهمة الاجتهاد التشريعى بحرية كاملة، ولن يضرها ذلك فى شيء، على أن تتولى إعلان الأحكام التى يصلون إليها باجتهادهم أو إجماعهم، ثم تتولى إلزام الناس بها، وتلتزم تنفيذها.

إن الإجماع هو الوسيلة الشرعية للتعبير الإجماعى عن إرادة الأمة ومن يمثلونها من أهل العلم والفكر والذكر، لاإرادة الذين يستولون على السلطة بالانقلاب والقوة دون التزام بالشورى والبيعة الحرة. أما من تختارهم الأمة لولاية سلطة الدولة، فعليهم أن يعرفوا مقدما أنهم خاضعون للشريعة لاصانعون لها، وأنهم لايمثلون "سلطة التشريع" بل هم سلطة إعلان وتنفيذ .

{ب/١٦٦}

<عوده> **١٣٤ـ الشريعة لم تنفرد بجعل الإجماع تشريعا** : وقد يظن البعض أن الشريعة انفردت بعَدِّ الإجماع مصدرا للتشريع، وهو ظن خاطئ، فالقوانين الوضعية فى غير البلاد الإسلامية أساسها رأى الجماعة سواء فى التشريع أو التطبيق.

فالقوانين لا تصدر إلا إذا وافقت عليها أغلبية الهيئات التشريعية، والنظريات القانونية التى يجمع عليها معظم الفقهاء أو معظم القضاة يكون لها دون تشريع قوة ملزمة مصدرها هذا الإجماع الناقص. وتجعل القوانين الوضعية الحكم لرأى غالبية القضاة عند الاختلاف إذا تعدد القضاة، فإذا كانت المحكمة مكونة من ثلاثة قضاة كان الحكم ما يراه اثنان منهم، وإذا اختلفت دوائر المحاكم العليا فى تقرير المبادئ القانونية أو تفسير النصوص كان الحكم لأغلبية قضاة هذه الدوائر مجتمعين . ومعنى هذا كله أن القوانين الوضعية تسلم بالإجماع-١٠١-، وتجعل الإجماع الناقص مصدرا للتشريع والتفسير والتطبيق؛ لأنه يمثل رأى الأكثرين .

[الصدر] تعـــليق "رقم-١٠١-": فى إطلاق اسم الإجماع على الغالبية البرلمانية التى تعتمد عليها القوانين الوضعية تسامح، إذ لا اتفاق فيها ولا يشترط فى الموافقين الاجتهاد.

[الشاوى] رأيـــنا فى "التعليقات-٩٨- إلى -١٠١-": السيد الصدر يعترض على عَدِّ قرارات البرلمان إجماعا لأن أعضاءه ليسوا مؤهلين للاجتهاد، كما يرى ألا ينسب الإجماع إلا لمن تختارهم الأمة للاجـــتهاد (التشـــريع) فى دولة إسلامية. ونحن نؤيد قوله ونرى أن يكونوا ممن توافرت فيهم شروط معينة من العلم أو الخبرة فى اختصاصهم ويحظون فوق ذلك بثقة العامة .

صـــحيح أننا نرى أن الإجماع فى الفقه ليس إلا صورة من صور الإجماع الذى يتسع لكل قرار ملزم يصدر عن الجماعة أو من يمثلونها، فهو تعبير عما يسمى فى عصرنا بالسيادة الشعبية – لكننا نعتقد أن التعبير عن سيادة الأمة (وإجماعها) فى مجال الفقه (التشريع الإسلامى) يحسن أن يمارســـه من تختارهم ليمثلوها فى ذلك المجال ونسميهم "أهل الاجتهاد"، ونفضل أن يتميزوا عـــن "أهل الحل والعقد" الذين يمثلونها فى المجال السياسى والاجتماعى والاقتصادى وغير ذلك من الشئون العامة (يشير إليهم فقيهنا بأنهم أعضاء البرلمان المنتخب انتخابا حرا) .

ولذلـــك اقترحـــنا أن يخصـــص مجلس لأهل الاجتهاد فى الفقه – ومجلس آخر لأهل الحل والعقد – فى النظم الدستورية العصرية (١)

---

(١) يراجع كتابنا "فقه الشورى والاستشارة" .

❁ 134 - الإجماع الكامل يشمل الأمة كلها - لكن توجد صور أخرى

إننا نحمد له تمسكه بفكرة الإجماع الناقص؛ أى إجماع الجمهور أو الأغلبية ونؤيده فى ذلك، وإذا كنا نقدر حرصه على مخاطبة القانونيين العصريين بهذا الأسلوب الذى يقرب بين الشريعة والقوانين الوضعية؛ فإننا نرى عدم تجاهل خصائص شريعتنا وأصولها من أجل هذا الأسلوب التوفيقى. وعلينا أن ندعم آراءنا بالأصول الشرعية والمبادئ الأساسية فى الإسلام، وأهمها فى نظرى هو مبدأ استقلال الشريعة عن "الدولة" وسيادتها على المجتمع كله بما فيه الدولة التى تلتزم بأحكامها .

ولذلك نضيف هنا رأينا الخاص فى ماهية الإجماع وصوره المتعددة، على ضوء هذا المبدإ الذى أشرنا إليه[1] :

(1) يراجع تعليقنا على البند (131) فيما سبق .

بحث إضافى
فى صور الإجماع وأنواعه

رأينا فى الإجماع المطلق والنسبى :

نعتقد أن كثيرا من الخلافات التى ثارت حول الإجماع سببها حسبانه صورة واحدة؛ فى حين أن له تطبيقات متعددة ومتنوعة تختلف بحسب نطاق كل منها :

1- فالإجماع المطلق الكامل هو الذى يصدر عن الأمة الإسلامية فى جميع أوطانها وأقطارها ويشترك فيه جميع شعوبها وأفرادها وجماعاتها؛ وهو المثل الأعلى الذى يرى البعض عدم إمكان تحققه عمليا؛ والذى قال بشأنه الإمام/ أحمد قوله المشهور: "من ادعى الإجماع فهو كاذب". وعلل ذلك بأنه يستحيل عليه معرفة رأى جميع المسلمين ويصعب التأكد من اتفاقهم جميعا على رأى واحد فى مسألة معينة من مسائل الفروع. لكن هذه الصعوبة لم تعد موجودة فى عصرنا الحاضر بسبب توافر وسائل الاتصال الحديثة التى لم يكن لها وجود فى عصر الإمام أحمد بن حنبل .

وقد أضاف الفقهاء إلى هذه الحجة أنه إذا فُرض وتحقق ذلك الإجماع فى مسألة عقيدية أو أصولية؛ فإن ذلك لا يكون إلا لوجود نص قطعى من نصوص القرآن أو السنة الذى يسلم الجميع بحجيته دون خلاف أو جدال - ويكون مصدر الحكم المجمع عليه فى هذه الأحوال هو ذلك النص القطعى الذى هو سند الإجماع[1] .

ونعتقد أن هذا الإجماع المطلق الكامل هو الذى يعطيه فقهاؤنا قوة مماثلة للأحكام المستمدة من الكتاب أوالسنة - أو أنه يليها فى الترتيب - ويَعُدّونه مصدرا شرعيا للأحكام. لكن القول بأن الإجماع هو مصدر الحكم فيه تجوُّز[2] لأنه مجرد إقرار بوجود حكم قطعى .

---

(1) مثل النص على صيغة شهادة ألا إله إلا الله وأن محمدا رسول الله، وعَدّها أول أركان الإسلام - وهذه الصيغة محل إجماع المسلمين فى جميع العصور .

(2) أشرنا فى كتابنا "فقه الشورى" (البند 37) إلى صورة عصرية من صور الإجماع الكامل الشامل للأمة كلها دون أى خلاف، وهو ما تم من إنشاء منظمة إسلامية دولية وعالمية هى منظمة المؤتمر الاسلامى، وقد عددنا ذلك تطويرا لمبدإ وحدة الأمة والالتزام به فى حالة تعدد الدول .

ومع ذلك فهذه المنظمة لايوجد بها مجلس شعبى يضم من انتخبوا بالشورى الحرة من عامة المسلمين ... وهذا نقص سيأتى اليوم الذى يمكن معالجته فيه، لكى تصبح ممثلة للأمة لاللنظم السياسية التى قد يوجد بينها من لايلتزمون بالشورى ولابالشريعة ....

❁ أهم صور الإجماع النسبي إجماع شعب معين من شعوب أمتنا على الالتزام بمذهب دون غيره:

يمكن القول إذن بأن دور الإجماع فى هذه الحالة هو تقنين حكم له مصدر قطعى معترف به من الكتاب والسنة – هو ما يسميه الفقهاء سند الإجماع. فاشتراط وجود سند للإجماع معناه أن مصدر الحكم المجمع عليه هو هذا السند – أما الإجماع فهو مقنن له أو أنه أداة إصدار للتقنين الشرعى، ونعتقد أن هذا هو الدور الأساسى للإجماع فى جميع صوره .

2- هناك إلى جانب هذه الصورة الشاملة صور أخرى للإجماع النسبى :-

مثال ذلك ما يتردد كثيرا فى كتب الفقه من القول بأن حكما معينا قد أجمع عليه أهل السنة؛ فإذا كانت هناك طوائف أخرى إسلامية قد شذت عن هذا الرأى فإنها لاتلتزم به لأنها لم تشارك فى هذا الإجماع ويبقى إلزام القاعدة المجمع عليها نسبيّا فى حدود أهل السنة.

ونرى أنه قياسا على ذلك يمكن القول بإجماع شعب معين من شعوب العالم الإسلامى على اختيار مذهب من المذاهب الفقهية ليكون ملزما للقضاة؛ مثل إجماع شعب مصر مثلا على تطبيق مذهب الإمام أبى حنيفة النعمان – بل على تطبيق الرأى الراجح منه دون غيره، ويمكن أن ينسب ذلك إلى الشعب فى بلد آخر مثل تركيا أو السودان؛ كما يمكن أن يوجد شعب آخر من شعوب المسلمين يجمع على الالتزام بمذهب آخر؛ مثل الشعب السعودى الذى يجمع على تطبيق مذهب الإمام أحمد بن حنبل؛ وعلى فتاوى الإمام ابن تيمية.

كذلك تجمع شعوب أخرى فى جنوب شرق آسيا مثل : ماليزيا والفلبين وإندونيسيا على الالتزام بمذهب الإمام الشافعى – وشعوب أخرى فى شمال إفريقية تجمع على الالتزام بمذهب الإمام مالك – فضلا عن إيران والشيعة الإمامية التى تجمع على تطبيق مذهب الشيعة الاثنى عشرية .

بل نجد بلدا مثل اليمن يجمع على تطبيق مذهب الإمام الشافعى فى مناطق معينة أو مسائل معينة وعلى تطبيق مذهب الإمام زيد فى مناطق أخرى أو مسائل أخرى .

فى جميع هذه الأمثلة نجد أن دور الإجماع هو تقنين مذهب معين أو رأى معين ليلتزم به القضاء فى بلد أو إقليم أو شعب من شعوب العالم الإسلامى – فهو إجماع نسبى من حيث نطاق تطبيقه المكانى أو الشعبى .

وقد يكون الإجماع نسبيا من ناحية أخرى هى أنه يكفى فيه قرار الجمهور أى الأغلبية بالشورى الحرة .

❁ الإجماع النسبي فى حالة توافق الأغلبية أو الجمهور :

وتطبيقا لهذه القاعدة يمكن القول بأن إصدار تقنين شرعي للأحوال الشخصية أو المواريث أو الأوقاف فى مصر مثلا يضم أحكاما مختارة من مذاهب أخرى غير المذهب الحنفى، هو تطبيق نسبي لمبدإ الإجماع؛ ويصبح كل تقنين يصدره أغلبية من يمثلون أحد الشعوب بالشورى الحرة نوعا من الإجماع النسبي سواء من ناحية "الإقليم أو القطر" أو من ناحية أنه قرار الأغلبية أى الجمهور بالشورى الحرة .

فى هذه الحالة من الإجماع النسبي (كما فى الحالة الأولى من الإجماع الكامل) نرى أن الإجماع فى الحقيقة لم يكن هو مصدر الحكم الشرعى؛ بل إنه مجرد أداة نظامية لتقنين الحكم أو الأحكام التى اتفق المجمعون على الالتزام بها فهم لايَعُدّون إجماعهم مصدرا للحكم أو الأحكام بل مصدرها هو سند الإجماع أى النص القطعى فى الحالة الأولى أو المذهب الفقهى المعروف أو الرأى الراجح فيه أو الآراء المستمدة من مذاهب متعددة فى الحالة الثانية. فمصدر الحكم المجمع عليه فى جميع هذه الصور هو السند الشرعى الذى استمد منه المجمعون الأحكام التى التزموا بتطبيقها .

فى نظرنا أن ذلك يوضح لنا الوظيفة الخطيرة للإجماع فى شريعتنا فى العصر الحاضر والمستقبل؛ فهو تعبير فقهائنا عما نسميه الآن إصدار التقنين الشرعي وإلزام الجميع به رغم أنه صدر بقرار الأغلبية أو الجمهور؛ أى أنه عملية تقنية ونظامية تتخذها الأمة أو الشعب أو من يمثلونه بالشورى الحرة وسيلة للاتفاق على توجيه القضاة إلى الالتزام بمذهب أو رأى أو حكم معين؛ أو مجموعة أحكام مستمدة من مصادرها الشرعية .

وقد يظن البعض أن هذا تقليل من أهمية الإجماع؛ ونحن نرى على العكس من ذلك أنه يقوم بدور جوهرى وضرورى فى توحيد القضاء حتى لاتتناقض أحكام القضاة وتعم الفوضى.

هذا الهدف الشرعى أو الوظيفة الاجتماعية للإجماع تبين لنا الحكمة الإلهية من وراء عَدّه المصدر الثالث من مصادر الأحكام الشرعية بعد الكتاب السنة .

إن مبدأ الإجماع المطلق أو النسبى هو الذى يحدد النظام العام فى الأمة أو الجماعة أو الشعب وتلجأ إليه كل جماعة لمعالجة الآثار الناتجة عن الإسراف والتطرف فى الحرية التى منحتها الشريعة للأفراد فى اختيار المذهب أو الرأى الذى يلتزم به كل منهم. إنه خير علاج للخلاف الناتج عن تطبيق مبدإ حرية المجتهدين وتعدد المذاهب والآراء وحق الأفراد

❁ الإجماع يضع حدًّا لاختلاف المذاهب والآراء ويلزم القضاة بتوحيد أحكامهم:

فى اختيار المذهب أو الرأى الذى يلتزمون به أو قيام كل منهم مباشرة باستنباط الحكم العملى الذى قد يستنبطونه منفردين بأنفسهم أو اجتهادهم الشخصى بالرجوع إلى النصوص القرآنية أو السنة النبوية؛ أو المذهب الذى يختارونه.

هناك مبدأ أساسى فى الإسلام هو أن كل فرد مسئول عن الالتزام بالأحكام الشرعية فهو يلتزم باستنباطها بنفسه مباشرة فى حدود استطاعته، وإذا عجز فإنه يلتزم باختيار المذهب أو الرأى الذى "يقلده" مما يجده فى المذاهب المتعددة المعترف بها أو الفتاوى التى تعطى له ممن يثق فى علمهم ونزاهتهم من العلماء .

لكن هذا المبدأ الأساسى - إذا أُخذ على إطلاقه دون حدود - قد يترتب عليه الفوضى والنزاعات فى المجتمع وخاصة أمام القضاء؛ فإذا تنازع شخصان أو زوجان مثلا فى أمر من الأمور فقد يجد القاضى نفسه محرجا إذا قال أحد الطرفين أو أحد الزوجين أنه ملتزم بمذهب معين يختلف فيه الحكم عن المذهب الذى يلتزم به الطرف الآخر .... فأى المذهبين يلتزم القاضى بتطبيقه ؟

قال البعض فى هذه الحالة إن القاضى يحكم بمذهبه هو لابمذهب أحد الأطراف المتخاصمة، فمن يلجأ للقاضى إنما يطلب منه الحكم بالمذهب الذى التزم به القاضى لاالمذهب الذى اختاره الخصوم أو أحدهم .

لقد جرى العمل فى مصر فى فترة من الفترات أنه كان يجلس للقضاء فى المسجد أربعة قضاة - أحدهم حنفى والثانى شافعى والثالث مالكى والرابع حنبلى ... وكل من هؤلاء القضاة يحكم بمذهبه متى لجأ إليه الخصوم أو أحدهم؛ وهنا يمكن التساؤل عما يحدث إذا لجأ أحد الخصوم إلى القاضى الشافعى ولجأ الطرف الآخر إلى القاضى الحنفى - وصدر من القضاة حكمان مختلفان أو متناقضان .

إننا نرى أنفسنا فى هذه الحالة أمام حكمين صحيحين شرعا ولكنهما متناقضان مضمونا، فأيهما ينفذ؟ هذه هى الحالة التى تسمى فى القوانين العصرية بتنازع القوانين أو الأحكام القضائية، أى تعارض الأحكام وتنازعها - وفيها يتبين أن اختلاف القضاة وتعدد مذاهبهم وآرائهم؛ بل وتناقض أحكامهم قد لايقل خطورة على نظام الجماعة ووحدة المجتمع وتضامنه؛ عن اختلاف مذاهب الأفراد وتعارض آرائهم ومصالحهم .

❁ النظام العام للجماعة هو ما تقرره الأغلبية – والإجماع النسبي هو شورى ملزمة:

لذلك فإن النظام العام فى الجماعة يوجب عليها أن تتدخل لمعالجة هذه المشكلات إذا حدثت (بل وقبل أن تحدث) بوضع قاعدة للفصل فى هذا التنازع بين المذاهب أو بين الأحكام القضائية .

لاشك فى أن الأوجب هو وضع القواعد التى تمنع حدوثها؛ وذلك بأن تختار الجماعة أو الشعب مقدما مذهبا واحدا أو رأيا واحدا وتقننه ليطبقه القضاء على الجميع؛ وهذا الاختيار يصدر به تقنين شرعى مثل تقنينات الأحوال الشخصية فى مصر، فهى تقنينات شرعية وليست قانونا وضعيا. واختيار الجماعة لمذهب معين أو رأى معين قد شرع له الإسلام الإجماع، أى اتفاق الجماعة مقدما (بالأغلبية) على المذهب أو الحكم الذى يلتزم به جميع أفرادها أو المقيمين على أرضها منعا للتنازع والفوضى .

وكل فرد من أفراد الجماعة يلتزم مقدما بما تقرره الجماعة بإجماعها فى التقنين الشرعى الذى يصدر بالشورى الحرة الملزمة؛ ومن هنا نصل إلى أن الإجماع الناقص أو النسبى هو الشورى الملزمة أو أنه مكمل ضرورى لها على الأقل .

* * *

إن البعض يظن أن المقصود بالإجماع هو فقط اتفاق جميع أفراد المجتمع أو الأمة أو الشعب أو الجماعة على هذا الاختيار، وهذا أمر قد يكون مستحيلا .... لأن كل فرد يستطيع بذلك أن يعترض على الحكم إذا وجد أو ظن أن هناك مذهبا آخر فيه الحكم أقرب لهواه أو مصلحته أو رأيه؛ وقد ينفرد برأيه ويدعى أن الإجماع لن يتم بدون موافقته، أى أن كل فرد يصبح له الحق فى أن يدعى لنفسه حق "الفيتو" على ما "يجمع" عليه جمهور الأمة أو الجماعة أو الشعب – وهذا هو السبب فى قول البعض إن الإجماع بالصورة الكاملة هو أمر مستحيل ولم يتحقق عملا .

وسبب الاستحالة أن كلمة الإجماع تشير فى نظر البعض إلى الاتفاق الجماعى على حكم واحد – لكن الأصل اللغوى هو أن الإجماع يعنى العزم والتصميم وذلك استنادا إلى قوله تعالى: ﴿فأجمعوا كيدكم ثم أتوا صفا﴾[طه: ٦٤]. – فالإجماع يعنى توافق إرادة الجماعة على نظام عام يستلزم تنفيذ حكم أو رأى واحد على الجميع سواء كان إصداره بإجماع الآراء أو تم بالأغلبية بعد الشورى ولا تقوم جماعة إلا بوجود نظام عام ملزم لجميع من ينتمون إليها أو يقيمون على أرضها ويكفى أن تقر الأغلبية بالشورى هذا النظام .

۞ الانتماء للجماعة يلزم الجميع بقرار الجمهور أو الأغلبية بحسبانه إجماعا يلزم القضاة والأفراد جميعا :

إن نظام الجماعة لايستقر إلا إذا كان كل فرد فيها يلتزم بمجرد انتمائه إليها أو إقامته على أرضها بأن ينفذ ما تقرره "أغلبية" الجماعة من تقنينات حتى ولو كان هو أو أقلية معه لهم رأى مخالف أو مصلحة مخالفة – لأن النظام العام فى المجتمع يوجب أن ينفذ الجميع ما تراه الأغلبية بالشورى الحرة .

وهذه هى ميزة الشورى؛ فإنها تعطى لكل فرد حريته فى إبداء رأيه ومناقشة جميع الآراء فى فترة "التشاور" ومقابل ذلك يلتزم هذا الفرد بتنفيذ ما تقره الأغلبية وهذا هو مايمكن وصفه بأنه الإجماع أى العزم على تنفيذ قرار الشورى على الجميع مهما تكن اختلافاتهم فى مرحلة التشاور قبل القرار.

* * *

لهذا السبب فإننى وصلت فى كتابى "فقه الشورى" إلى أن الإجماع – لغة وفقها – هو عزم جميع أفراد الجماعة والتزامهم جميعا مقدما بتنفيذ ما تقره الجماعة بالأغلبية من قرارات أو تقنينات، وهذا الالتزام مستمد من انتمائهم للجماعة ونظامها العام أو الإقامة على أرضها.

فالإجماع التزام سابق على التشاور وهو حتمى مفترض بمجرد الانتماء للجماعة – فمن ينتمى لجماعة أو أمة أو شعب يعلم مقدما أنه لايستطيع أن يسير برأيه وحده أو برأى أقلية من هذا الشعب، وإنما يلتزم الجميع برأى الأغلبية "الجمهور" – وهذا الالتزام هو ما نسميه بالإجماع – سواء كان الحكم الذى اختاره الجمهور سنده من نصوص الكتاب أو السنة، أو التفسير الراجح لديه لهذه النصوص، أو كان السند سنة قولية أو عملية، أو مجرد اجتهاد صادر من أئمة أحد المذاهب الموروثة أو حتى اجتهاد مستحدث فى واقعة لاحكم لها فى الكتاب أو السنة أو المذاهب المعترف بها، وتوصل أهل الاجتهاد أو أهل الإجماع إلى استنباط حكم مستحدث يواجه هذه الحالة.

يتفرع عن هذا النظر نتائج كثيرة تعرضنا لها فى كتابنا عن "الشورى والإجماع" وهو الجزء الثانى من "فقه الشورى" فى طبعته الثالثة المتعددة الأجزاء – وقد صدر قبله الجزء الأول فى "الشورى أعلى مراتب الديمقراطية"[1] .

والذى يهمنا الآن أن الإجماع هو مفتاح الطريق الذى رسمته الشريعة لتوحيد القضاء وأنه هو الذى يمكن أن يصدر التقنينات الشرعية ويلزم الجميع بقرار الشورى الحرة ويبين الأحكام التى ترى الجماعة إلزام القضاة بها حتى لاتختلف مذاهبهم وآراؤهم بصورة تؤدى إلى الفوضى التى تهدد نظام الجماعة واستقرارها .

(1) طبعته دار الزهراء عام ١٩٩٨م .

الفرع الرابع
القياس

عوده ١٣٥ ـ *تعريف القياس* : القياس هو إلحاق مالا نص فيه بما فيه نص فى الحكم الشرعى المنصوص عليه لاشتراكهما فى علة هذا الحكم .

ويؤخذ من هذا التعريف أن للقياس أربعة أركان :

١ – المقيس عليه : وهو الأمر الذى ورد النص ببيان حكمه ويسمى الأصل .

٢ – المقيس:وهو الأمر الذى لم يرد نص بحكمه،ويراد معرفة حكمه ويسمى الفرع.

٣ – الحكم: وهو الحكم الشرعى الذى ورد به النص فى الأصل، ويراد الحكم به على الفرع.

٤ – العلة : وهى الوصف الذى شرع الحكم فى الأصل لأجله وتحقق فى الفرع(١).

١٣٦ ـ *هل القياس ممكن فى جميع الأحكام* ؟ : اختلف الفقهاء-١٠٢- فى جواز إجراء القياس فى جميع الأحكام الشرعية، فرأت قلة أنه جائز لأن جميع الأحكام الشرعية من جنس واحد، وتدخل تحت حد واحد هو حد الحكم الشرعى وتشترك فيه، وقد جاز

الصدر تعليق "رقم-١٠٢-": يعتمد فقهاء المذهب الجعفرى على القياس بجميع أقسامه ما لم يوجب القطع بالحكم الشرعى، لعدم دليل معتبر على حجيته، ولا يصح الاعتماد على دليل غير علمى ما لم يقم دليل معتبر على اعتباره، مضافا إلى ما مر عليك قريبا من الآيات المباركة الناهية عن العمل بالظن مثل قوله سبحانه وتعالى فى سورة الأنعام ١١٦، وفى سورة يونس ٦٦، ﴿إن يتبعون إلا الظن وإن هم إلا يخرصون﴾. مضافا إلى الأدلة المانعة عن العمل بغير العلم والأخبار الكثيرة الواردة عن أئمة أهل البيت عليهم السلام الناهية عن القياس والمانعة من العمل به والاعتماد عليه.

أما القياس الذى يوجب القطع بالحكم فمن البديهى صحة الاعتماد عليه، لأن القطع حجيته ذاتية بمعنى أنه حجة دائما من أى سبب حصل ولا تمنع الأدلة المانعة من القياس من العمل بالعلم الحاصل من القياس لأن الاعتماد على العلم لا على القياس .

أما الدليل المشتمل على العلة فيأخذ فقهاء المذهب الجعفرى بعموم العلة، ويكون الدليل المعلل دليلا فى كل واقعة تتحقق فيها العلة المذكورة. ودليلهم على ذلك هو الدليل الدال على حجية الرواية ولزوم الاعتماد على ظاهرها فإنها ظاهرة عرفا فى شمول الحكم لجميع الموارد التى تكون مصداقا للعلة .

ولا فرق فيما ذكرناه بين جميع الأحكام الشرعية ولا اختصاص له بالجرائم والعقوبات التى هى محل الكلام .

---

(١) أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص ٤٢ .

〈عوده〉 على بعضها أن يكون ثابتا بالقياس، وما جاز على بعض المتماثلات كان جائزا على بعضها الآخر. ورأى جمهور الفقهاء أن القياس لا يجوز إجراؤه بصفة عامة فى كل الأحكام الشرعية ولو أنها تدخل تحت حد واحد، لأنها متنوعة ومتمايزة بأمور موجبة للتنوع والتمايز؛ ولا مانع من أن يكون ما جاز على بعضها وثبت له قد جاز بحسبان خصوصيته وتعيينه لا بحسبانه حكما شرعيا مجردا. وعند هؤلاء أن القياس فى كل الأحكام ممتنع لسببين :

أولهما : أنه يفضى إلى أمر ممتنع فكان ممتنعا؛ لأن كل قياس لابد له من أصل يستند إليه، فلو كان كل حكم يثبت بالقياس لكان حكم أصل القياس ثابتا بالقياس، وكذلك حكم أصل أصله، وإذا تسلسل الأمر إلى غير نهاية امتنع وجود قياس ما؛ لتوقفه على أصول لانهاية لها.

وثانيهما : أن من الأحكام ما يثبت غير معقول المعنى كتحديد جلد الزانى غير المحصن بمائة جلدة، وقاذفات المحصنات بثمانين، وما كان كذلك فإجراء القياس فيه متعذر؛ لأن القياس يقوم على تعدية علة الأصل للفرع، فما لا يعقل له علة يمتنع إثباته بالقياس[1] .

١٣٧ـ *القياس فى الجرائم والعقوبات* : واختلف الذين لا يجيزون القياس فى كل الأحكام فى جواز القياس فى الجرائم والعقوبات، فقال بعضهم إنه جائز، وقال بعضهم إنه غير جائز، ولكل حججه .

والقائلون بجواز القياس لهم حجتان :

الأولى : أن النبى صلى الله عليه وسلم أقر القياس حين سأل معاذا بم تقضى؛ قال أقضى بكتاب الله، فإن لم أجد فبسنة رسول الله، فإن لم أجد أجتهد رأيى، فأقره الرسول على قوله: أجتهد رأيى، وهو تعبير مطلق لا تفصيل فيه، فدل ذلك على جواز القياس-١٠٣- فى الجرائم والعقوبات .

〈الصدر〉 تعليق "رقم-١٠٣-": مر عليك قريبا ضعف هذه الرواية وإرسالها ومعارضتها بغيرها وتصريح الجورقانى كونها فى الموضوعات، كما مر آنفا إمكان تأويلها. ولو سلمنا دلالتها وسندها فهى على اعتبار القياس بعمومه فتعارض ما دل على الردع عن أعمال الرأى فلا يصح الاعتماد عليها ولا يكون مصححا للعمل بالقياس، لأنه إما أن يدعى اتحاد مورد الدليلين فلا يصح الاستناد إلى كل منهما لتساقطهما بالمعارضة، وإما مع دعوى أن مورد الأخبار الناهية قسم من الرأى. ولما لم يعلم أن القياس الظنى هل هو من الرأى الذى هو حجة ويصح الاعتماد عليه أم من الرأى المنهى عنه، فلا تكون الرواية دليلا على حجيته مع أن الرواية مختصة بمعاذ، وبالقضاء فلا يجوز الاستدلال بها فى غير موردها إلا مع القطع بعدم الفرق. وكيف لنا بالقطع يا ترى .

---

(١) الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى جـ ٤ ص ٨٩ وما بعدها .

〈عوده〉 الثانية : أن الصحابة لما اشتوروا فى حد شارب الخمر قال على رضى الله عنه إنه إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى افترى، فحدوه حد المفترى. فقاس حد الشارب على حد المفترى-١٠٤-، ولم ينقل عن أحد من الصحابة نكير فكان إجماعا.

والقائلون بعدم جواز القياس يحتجون بثلاث حجج :

الأولى : أن الحدود والكفارات من الأمور المقدرة التى لا يمكن أن تعقل المعنى الموجب لتقديرها-١٠٥- . والقياس أساسه تعقل علة حكم الأصل، فما لا يعقل له من الأحكام علة فالقياس فيه متعذر .

[الصدر] تعليق "رقم-١٠٤-": لا يمكن الاستناد إلى هذه الرواية لإثبات القياس لعدم ثبوت اعتبار الرواية أولا . ولأن القياس إنما يحتاج إليه الجاهل بالحكم وهو (ع) عالم بجميع علل الأحكام وملاكاتها، وكيف لا يكون عالما بجميع ذلك وهو القائل : علمنى رسول الله (ص) ألف باب من العلم ينفتح لى من كل باب ألف باب ؟ وكيف يحمل كلامه على القياس وهو أشد الناس نقمة على القياس وإنكارا له ؟! أليس هو القائل كما فى كتاب الآمدى فى الأحكام جـ ٣ ص ٨٣ إنكارا على القياس : لو كان الدين بالقياس لكان المسح على باطن الخف أولى من ظاهره، فحكمه عليه السلام تقدير صحة الرواية مبنى على علمه (ع) باتحاد حكم السكران والمفترى، وأن حكم الفعل الذى يؤدى إلى الافتراء حكم الافتراء نفسه، فالحديث أجنبى عن القياس، ولو سلم ظهور الرواية بالقياس فلا بد من رفع اليد عن هذا الظهور لما مر قريبا من عدم احتياجه إلى القياس وإنكاره له، ولو سلمت دلالة الرواية وسندها، فإن قوله (ع) حجة ولا يحتاج إلى إثبات حجيته بدعوى إجماع الصحابة على قوله .

[الصدر] تعليق "رقم-١٠٥-": إذا أمكن للعقل معرفة المعنى الموجب لبقية الأحكام فإنه يمكنه تعقل المعنى الموجب لتقديرها فلا فرق بين الجرائم والعقوبات وغيرها من الأحكام . فإذا صح للقائل بالقياس أن يقيس غير الصغيرة البكر، وغير البكر إذا كانت صغيرة، وغير الصغيرة إذا كانت مجنونة بالبكر الصغيرة التى وردت الرواية ومنعت من أن يزوجها إلا وليها، صح أن يقيس الأمة على الزوجة، وصوم غير رمضان على صوم رمضان فى وجوب الكفارة، فإن الدليل وإن ورد فيمن أتى أهله فى شهر رمضان ولكن بالقياس يرى الحكم إلى غير الأهل وغير رمضان، كما يمكن أن يحكم بعدم وجوب إقامة حد الزنا على من وطئ جارية ابنه قياسا على عدم قطع يد الأب إذا سرق من مال ولده.

〈عوده〉 الثانية: أن الحدود عقوبات وكذلك الكفارات فيها شائبة العقوبة، والقياس مما يدخله احتمال الخطإ، واحتمال الخطإ شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات-١٠٦- لقوله عليه الصلاة والسلام : (ادرءوا الحدود بالشبهات) .

والثالثة : أن الشارع قد أوجب حد القطع بالسرقة، ولم يوجبه بمكاتبة الكفارة مع أنه أولى بالقطع، وأوجب الكفارة بالظهار لكونه منكرا وزورا، ولم يوجبها فى الردة مع أنها أشد من المنكر وقول الزور . فحيث لم يوجب ذلك فيما هو أولى، فهو دليل على امتناع جريان القياس فيه [1]-١٠٧- .

وقد تكون حجج هذا الرأى من القوة-١٠٨- بحيث ترجحه على الرأى الأول خصوصا إذا لاحظنا أن تقرير حد القاذف لم يكن نتيجة القياس، وإنما كان تقريره نتيجة للإجماع عليه-١٠٩-، ولا عبرة بالاستدلال عليه بطريق القياس؛ لأن القياس لم يجعله تشريعا ملزما، وإنما الذى جعله كذلك هو الإجماع عليه .

[الصدر] تعليق "رقم-١٠٦-": لو تم هذا البرهان لأفاد عدم إمكان إثبات الحدود والكفارات بالقياس لعدم إمكان تحديد مقدارها أو نفيها بالقياس فهو أخص من محل الكلام .

[الصدر] تعليق "رقم-١٠٧-": إذا منع هذا من جريان القياس فى الحدود فيمنع من إجرائه فى العبادات أيضا لأن الصلاة أهم من الصوم مع أنه يجب على الحائض إعادة الصوم دون الصلاة .

[الصدر] تعليق "رقم-١٠٨-": عرفت آنفا ضعف حجج كلا القولين .

[الصدر] تعليق "رقم-١٠٩-": إن المستدل بهذه الرواية يدعى أن المجمعين استندوا إلى هذه الرواية التى استند فيها الإمام للقياس، فإجماعهم إمضاء منهم للقياس فى المقام فلا يرد عليه ما ذكره المصنف ولكن يرد عليه ما ذكرناه آنفا من عدم دلالة الرواية على القياس وعدم احتياجه (ع) للاستدلال به .

[الشاوى] رأينا فى "التعليقات من-١٠٢-إلى-١٠٩-": يبدأ بإنكار حجية القياس، ثم ينتهى بأن القياس يشمل جميع الأحكام الشرعية – طالما كان أساسه وحدة العلة – التى توجب الحكم القطعى لا لمجرد الظن، وينتقد رأى فقيهنا بأن جمهور فقهاء السنة يرجح أن القياس لا يجوز إجراؤه بصفة عامة، وتوسع فى بيان حجج الرأيين، ونحن لا نكتفى بجواز القياس بل نرى التوسع فيه، ورجح رأى القائلين بعدم جواز القياس فى العقوبات المقررة بنصوص شرعية. وهذا هو ما نوافقه عليه لأن النصوص الخاصة بالعقوبات المقررة هى أحكام استثنائية لا يجوز التوسع فيها – ولأن باب التعزير مفتوح دون حاجة للتوسع فى العقوبات المقررة حدا أو قصاصا. لكنا نرى أن التعزير هو قياس فى نطاق النظريات التشريعية أو المبادئ المستفادة من النصوص – التى تحرم أفعالا معينة حماية لحق معين – فيكون كل عدوان على هذا الحق مستوجبا للتعزير .

---

(١) الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى ج٤ ص ٨٢ وما بعدها .

عوده

على أنه يجب أن نعرف أن القياس فى العقوبات يقتضى قبل كل شىء القياس فى الجرائم، وأن القائلين بجواز القياس فى الجرائم، لا يؤدى قولهم إلى الإتيان بأحكام جديدة، أو خلق جرائم جديدة، وإنما يؤدى قولهم إلى توسيع الدائرة التى تنطبق فيها النصوص. فالقياس فى الجرائم والعقوبات إذن ليس مصدرا تشريعيًا، وإنما هو مصدر تفسيرى يساعد على تعيين الأفعال التى تدخل تحت النص، فإذا حرم النص صورة معينة لعلة ما ألحق بها القياس كل الصور المماثلة التى تتوافر فيها علة التحريم، كإلحاق اللواط بالزنا، وإلحاق القتل بالمثقل بالقتل بالمحدد، وإلحاق المسكر بالخمر عند البعض، وإلحاق القبر بالمسكن وغيره من الأمكنة المعدة لحفظ المال بحيث يعد آخذ الكفن سارقا وهكذا. ولا ضير من الأخذ بهذا الرأى الذى تأخذ به المحاكم اليوم إلى حد كبير وينادى بالتوسع فى تطبيقه علماء القانون وشراحه .

١٣٨ ـ *القياس فى الإجراءات*: ويسلم الفقهاء-١١٠- بالقياس فى الإجراءات الجنائية، بل يسلمون بالقياس وبغيره من المصادر الأخرى التى لا يعترفون بها مصادر تشريعية جنائية، كالعرف-١١١-، ومذهب الصحابى-١١٢-. فمثلا يرى البعض أن يكون الإقرار فى السرقة مرتين قياسا-١١٣- على اشتراط الأقارير الأربعة فى الزنا، ومن لا يسلم بهذا يرى أن الحكم خاص بالزنا فقط فلا يقاس عليه. ويرى البعض جواز شهادة

الصدر تعليق "رقم-١١٠-": عدا فقهاء المذهب الجعفرى فإنهم لا يعتمدون على القياس فى جميع الأحكام ما لم يوجب القطع بالحكم الشرعى أو بكيفية امتثاله خارجا .

الصدر تعليق "رقم-١١١-": لا يرى فقهاء المذهب الجعفرى العرف من أدلة الأحكام الشرعية ولا فى كيفية تطبيق الأحكام الجنائية وإنما يعتمدون على العرف فى فهم الأدلة الشرعية ومعرفة المراد منهم .

الصدر تعليق "رقم-١١٢-": أى القول أو السلوك الذى يأخذ به الصحابى ويتقيد به من دون أن يعرف له مستند، ولا يعتمد على ذلك فقهاء المذهب الجعفرى لعدم قيام دليل على لزوم الأخذ بما يذهب إليه كل صحابى، كما لم يثبت لديهم اجتهاد الصحابة وعدالتهم فضلا عن عصمتهم، ولو ثبت اجتهادهم وعدالتهم فلا يكون رأى أحدهم حجة على بقية المجتهدين ولا على العوام إلا أن يرجع إليهم فى التقليد. نعم يعتمد الشيعة على ما ذهب إليه من ثبتت عصمتهم من الصحابة وهم أمير المؤمنين على عليه السلام وسيدة نساء العالمين فاطمة الزهراء والحسن والحسين (ع) سيدا شباب أهل الجنة .

الصدر تعليق "رقم-١١٣-": إن فقهاء المذهب الجعفرى وإن كان الرأى السائد بينهم هو ذلك إلا أنهم لم يستندوا للقياس بل استندوا إلى سيرة أمير المؤمنين (ع)، فلقد روى أن سارقا أقر عنده بالسرقة فنهره (ع) فأقر ثانية فقال (ع) أقررت به مرتين فقطعه .

⟨عوده⟩ النساء فى الجرائم قياسا-١١٤- على جواز شهادتين فى المسائل المدنية، ويجمعون على الحفر للمرجوم-١١٥-، وهو مذهب على، ويشترط أبو حنيفة وأصحابه وجود رائحة الخمر-١١٦- مع شهادة الشهود فى إثبات جريمة الشرب وهو مذهب عبد الله بن مسعود.

[الصدر] تعليق "رقم-١١٤-": الرأى السائد عند فقهاء المذهب الجعفرى أن شهادة النساء لا تؤثر فى إقامة الحدود الشرعية إلا فى الزنا، ولم يستندوا فى ذلك للقياس بل لما روى عن أئمة أهل البيت (ع). ففى الخبر المعتبر الذى يرويه الحلبى أنه سئل الإمام جعفر بن محمد الصادق (ع) عن رجل فجر بامرأة فشهد عليه ثلاثة رجال وامرأتان وجب عليه الرجم، وإن شهد عليه رجلان وأربع نسوة فلا تجوز شهادتهم ولا يرجم ولكن يضرب حد الزانى. نعم تثبت شهادتهن منضمة إلى شهادة الرجال .

[الصدر] تعليق "رقم-١١٥-": الرأى السائد عند فقهاء المذهب الجعفرى لزوم الحفر للمرجوم استنادا إلى أخبار معتبرة .

وأما بقية فقهاء المسلمين فقد اختلفوا فى ذلك كما يرشدنا إلى ذلك ما ذكره ابن رشد فى الجزء الثانى من كتابه بداية المجتهد ص ٤٣٧، حيث قال : فمن مشهور المسائل الواقعة فى هذا الجنس اختلافهم فى الحفر للمرجوم فقالت طائفة يحفر له، وروى ذلك عن على فى شراحة الهمدانية حيث أمر برجمها، وبه قال أبو ثور. إلى أن قال : وقال مالك وأبو حنيفة لا يحفر للمرجوم وخير فى ذلك الشافعى ونقل عنه يحفر للمرأة فقط .

[الصدر] تعليق "رقم-١١٦-": لم أجد من اشترط من الفقهاء وجود رائحة الخمر، وإنما الخلاف بين فقهاء أهل السنة فى ثبوت الحد بالرائحة وعدم ثبوته، والذى ينقله ابن رشد فى كتابه هداية المجتهد عن أبى حنيفة هو عدم الاكتفاء بالرائحة .

أما فقهاء المذهب الجعفرى فلا يكتفون بالرائحة لاحتمال جهل شاربها بكون ما شربه خمرا أو كان مضطرا إلى شربها أو أكره على ذلك، كما لم يشترطوا فى ثبوت الحد إذا ثبت شرب الخمر بالبينة أو بالإقرار وجود رائحة الخمر .

[الشاوى] رأينا فى "التعليقات من أرقام-١١٠- إلى-١١٦-": يذكر أمثلة من آراء فقهاء الجعفرية يستدل بها على عدم جواز القياس وعدم قبول العرف أو رأى الصحابة (عدا المعصومين من أهل البيت) وأنهم يلتزمون بالأخبار المعتبرة. ونحن لا نعتقد أنها تغنى عن القياس، بل لا تغنى عن التوسع فيه .

135- 138 – رأينا فى ضرورة التوسع فيه :

التعريف الذى أورده يضيق فى نطاق القياس؛ وكنا نود لو أنه انتهز هذه الفرصة لبيان دوره فى عملية التنظير .

إننا الآن فى مرحلة لابد فيها من استنباط نظريات عامة ولم يعد يكفى استنباط أحكام فرعية؛ وهذه هى مرحلة التنظير، وأساسها فى نظرنا هو التوسع فى مبدإ القياس من أجل تقنين التعازير.

فلم يعد يكفى فى نظرنا قياس حكم فرعى فيما لانص فيه على حكم فرعى آخر فيه نص شرعى؛ بل يجب أن يكون القياس على درجتين :

الأولى : بناء نظرية عامة مستمدة من علل الأحكام ومقاصد الشريعة ومبادئها العامة – أواستنباطها من نص قرآنى أو حديث نبوى أو عدة نصوص تحمى حقا معينا من العدوان .

والثانية : هى الاستفادة من هذه النظرية فى استنباط أحكام فرعية عديدة للتعزير على أنواع أخرى من العدوان على هذا الحق قياسا – والقياس هنا هو إعمال لعلل الأحكام التى هى مقاصد الشريعة ومبادئها العليا وأصولها الإلهية التى يشير إليها بأنها علة الحكم الذى ورد به النص (فى رقم **4**).

* * *

لقد اكتفى بالإشارة إلى وجود اتجاهين فى الفقه – أحدهما يضيق فى نطاق القياس والآخر يوسع فيه – ولم يقدم لنا رأيه فى الاختيار بينهما؛ ونحن نرى من واجبنا أن نقول إن مرحلة التنظير التى نحن فى حاجة إليها حاليا ومستقبلا توجب اعتماد الرأى الذى يوسع فى نطاق القياس فى الأفعال التى تستحق التعزير رغم أنه ينسب إلى جمهور الفقهاء القول بتحديد نطاق القياس .

وبذلك نصل إلى القول بأن جميع النصوص القرآنية هى أصول لنظريات عامة؛ وإذا لم نستنبط حتى الآن إلا عددا محدودا منها فإن المستقبل كفيل بمواصلة الاستنباط لتكون علة كل من هذه النصوص منبعا خصبا يساعدنا فى الوصول إلى مبادئ ونظريات نستنبط منها أحكاما مستحدثة نواجه بها ما يجد فى المستقبل من قضايا ومشاكل ناتجة عن تطورات المجتمعات الإنسانية وتغير ظروفها ونمو حضارتها .

القياس تعبير عن "الاجتهاد" فى جميع صوره ومجالاته بل هو أساس التنظير فى التعازير :

يسرنا أنه استعمل تعبير "الاجتهاد" فى (حديث معاذ) كمرادف للقياس؛ وهذه إشارة منه إلى تأييده لما نقوله من ضرورة التوسع فى القياس ليشمل جميع صور الاجتهاد ثم مواصلة الاجتهاد لبناء نظريات تشريعية .

وما أشار إليه من أن من يعارضون هذا التوسع يحتجون بعدم جواز التوسع فى عقوبات "الحدود"، فإننا نوافق على أنه لايجوز التوسع فى عقوبات الحدود بل يجب التضييق فيها بناء على مبدإ درء الحدود بالشبهات - لكن هذا فى نظرنا ليس إلا استثناء يؤكد القاعدة ولاينفيها ... وهى أن الاجتهاد أو القياس بمعناه الواسع هو المصدر الشرعى لتقنين "التعازير" - لحماية الحقوق التى نص المشرع على عقاب العدوان عليها بالعقوبات المقررة .

وقد سبق أن قلنا إننا نعارض القول بأن تصل التعازير إلى عقوبة مماثلة للحد - كما أن ما ذهب إليه بعض الأئمة من جواز إضافة التعزير إلى الحد، المقصود به هو تدابير الوقاية التى تدخل فى نطاق التعزير لأن الحد هو الحد الأقصى للعقوبة المقررة الواجب الحكم بها فى بعض الجرائم عندما يتوافر فيها ظرف مشدد .

وإذا كان فقهاؤنا قد ذكروا أمثله لتدابير يجب أن تضاف إلى العقوبة الحدية مثل "التغريب" أو الإبعاد عن مكان وقوع الفاحشة، فإننا نرى أن ذلك النوع من الإجراءات يمكن عَدُّه من التدابير الوقائية لمنع تكرار جريمة الزنا أو عودة المجرم إليها، وقد بينا أن التعازير تتسع لما يسمى الآن تدابير الوقاية فى العصر الحديث ...

* * *

إذا كنا نؤيد التوسع فى القياس فى نطاق التعازير التى تتسع لإجراءات الوقاية، فإننا نرى أن ضرورة التوسع أكبر وأولى فى نطاق الإجراءات، وخاصة فى الإثبات .. سواء فيما يتعلق باشتراط تعدد الإقرار أو شهادة النساء بل والأطفال والقرائن الدالة على الجريمة، مثل رائحة الخمر، شرط أن تكون خاضعة كلها لتقدير القاضى واقتناعه طبقا لمبدإ الأدلة الإقناعية ... وفى عصرنا يستعمل تحليل الدم لثبوت حالة السكر - وهذا مانفهمه مما قاله الإمام ابن القيم من أن كل ما يوصل إلى الحقيقة من أدلة الإثبات فهو شرع الله. ولا يقيد الإثبات بدليل معين إلا بنص شرعى استثنائى وفى حدود هذا النص الاستثنائى وحده، وهذا فيما يتعلق بالحدود والقصاص فقط فلايجوز التوسع فى أدلتها لأن الشارع قصد تضييق نطاق عقوباتها المقررة .

المبحث الثالث
تفسير الأحكام الجنائية (أى النصوص الجنائية)

عوده ١٣٩ ـ *سلطة القاضى فى تفسير النصوص* : للقاضى وهو يطبق النصوص أن يفسرها-١١٧- إذا وجد غموضا أو خفاء فى دلالتها أو تضاربا بين عباراتها. وقد وضع الفقهاء قواعد للتفسير تطبق وتراعى فى فهم الأحكام من النصوص، وبعض هذه القواعد لغوية وبعضها تشريعية .

الفرع الأول
فى القواعد اللغوية الموضوعة للتفسير

١٤٠ ـ *كيف استنبطت هذه القواعد* ؟: استنبط علماء الأصول هذه القواعد من استقراء الألفاظ والعبارات والأساليب العربية، ودلالة كل ذلك على معناه المعروف لغويا-١١٨-، فقد بحث العلماء دلالات الألفاظ والعبارات وما فيها من وضوح أو غموض؛ لأن بعضها يكون واضحا وبعضها يكون غامضا، ثم بحث اللفظ من حيث اشتراكه فى أكثر من معنى، ومن حيث عمومه وشموله لكل أفراده، ومن حيث خصوصه وانطباقه على بعض الأفراد دون البعض. فقواعد التفسير اللغوية-١١٩- يقتضى العلم أن ندرس "أولا" دلالات العبارات والألفاظ أو مفهوماتها، "ثانيا" وضوح الدلالات وغموضها، "ثالثا" اشتراك الألفاظ وعمومها وخصوصها.

وقد وضعت قواعد التفسير أصلا لتطبق فى فهم معانى النصوص الشرعية، ولكنها فى الواقع تطبق أيضا فى معانى أى نص غير شرعى مادام مصوغا فى لغة عربية .

الصدر تعليق "رقم-١١٧-": إذا كان مجتهدا، وإن لم يكن مجتهدا فإن عليه أن يأخذ تفسيرها من أحد المجتهدين إلا إذا عين رئيس الدولة أحد المجتهدين أن يؤخذ برأيه. فإنه يتعين على القاضى الأخذ برأيه.

الصدر تعليق "رقم-١١٨-": المستعمل عند العرف، ولا يعتمد على المعنى اللغوى إذا لم يكن مما يتفاهم فيه عرفا.

الصدر تعليق "رقم-١١٩-": العرفية كما مر آنفا .

الشاوى رأينا فى "التعليقات-١١٧- - -١١٩-": ذهب السيد الصدر إلى أن المجتهدين وحدهم لهم حق تفسير النصوص، ونحن نرى أن كل من يطبق النصوص الجنائية يلتزم بتفسيرها، فى حدود قدرته وعلمه - كل ما هنالك أن المقلد يلتزم برأى مجتهدى المذهب الذى يقلده أو الذى تختاره الأمة أو الجماعة بالشورى. فاختيار المذهب يكون للأمة أو الشعب أو الجماعة بالشورى، أما رئاسة الدولة فلا تعطى الحق فى التدخل فى التشريع أو الفقه إلا لتنفيذه والالتزام به. ويلاحظ أن قضاتنا أصبحوا مقلدين حاليا كأفراد - لكن القضاء كله كمؤسسة ترأسها المحكمة العليا تُعَدّ من أهل الاجتهاد وتشارك فيه. وإشارته إلى مراعاة العرف تستحق التأييد .

139، 140 – تعريف التفسير والتزام كل مكلف به فى نطاق التزامه الشخصى :

تعريف التفسير عندنا هو الفهم الكامل للنص لاستخلاص ما يتضمنه من أوامر ونواه، ومن شروط وقيود على تطبيقه؛ وإذا كان قد تكلم عن "سلطة القاضى فى التفسير"، فإن القاضى إنما يتولى ذلك بحكم واجبه فى تطبيق النص المنشئ للجريمة والمبين لأركانها وشروطها والمحدد للعقوبة؛ ولاشك فى أن الفقهاء والعلماء يشاركون فى عملية التفسير سواء بحسبانهم "شراحا" أو مجتهدين يستنبطون الأحكام – لكن من المؤكد أن القضاء هو المكلف بتطبيق النصوص الجنائية والحكم بالعقوبات، بل وتدابير الوقاية التى تدخل فى نطاق التعازير.

صحيح أننا نرى أن كل فرد مكلف مطلوب منه الالتزام بالنصوص وعليه أن يفهمها ويفسرها بقدر استطاعته حتى يلتزم هو بها، وفى نظرنا أن أقصى ما يصل إليه كل مكلف هو ما يكفى لالتزامه شخصيا بأحكام الشريعة؛ ولكن لانعتقد أن ذلك يعطى له الحق فى الحكم على أعمال الغير بأن ينصب نفسه للإفتاء أو القضاء على أفعال غيره أو أقوالهم؛ بل عليه أن يرفع الأمر للقضاء فى المسائل الجنائية؛ ولذلك نتيجة سنعرضها عند تعليقنا على ما يسميه "الإهدار" حيث نرى أنه لاتوجد حالات تعفى القاتل من المسئولية عن القتل بحجة أن المجنى عليه مهدر الدم – كل ما هنالك أن هذا قد يعد من الشبهات التى توجب استبعاد عقوبة القصاص[1] ...

ولكن كل مكلف لابد أن يكون قادرا على فهم النصوص التكليفية التى تأمره بأفعال معينة أو تحرم عليه أفعالا أخرى. ولابد أن يتعلم كل فرد ليكون لديه القدر الكافى من العلم لفهم النصوص والالتزام بها، ولذلك فإن العلم فريضة على كل مسلم ومسلمة .

فى نظرنا أن تفسير النصوص الشرعية هو أولى درجات الاجتهاد وأولى مراحله؛ وفى نطاقه توجد درجات متفاوتة يشترك المكلف العادى فى أدنى هذه الدرجات؛ فهو ملتزم بالتعلم والعلم بالقدر الضرورى لكى يفهم النصوص التكليفية ويلتزم بها؛ وفوق ذلك توجد درجات أعلى من العلم والفهم والاجتهاد .

والفرق بين اجتهادات العامة وغيرهم من العلماء والفقهاء والمجتهدين، هو أنهم يجتهدون لأنفسهم ليؤدوا ما توجبه عليهم النصوص ويمتنعوا عما تحرمه عليهم؛ أما غيرهم من أهل العلم فاجتهادهم يكون فى صورة فتاوى يقدمونها للعامة؛ ويجب أن يتوافر لدى العامى من العلم ما يكفى لكى يختار الرأى الذى يعمل به ويقتنع به أو يقلده عند تعدد الآراء فى مذهبه؛ أو يختار المذهب الذى يقلده عند تعدد المذاهب .

---

(1) تراجع تعليقاتنا على البند (٣٧٣) وما بعده تحت عنوان "فى إهدار الأشخاص".

عوده ١٤١ـ *أولا: دلالات العبارات والألفاظ أو مفهوماتها*: من المسلم به أن لكل لفظ دلالته، ولكل عبارة دلالتها. ويترتب على ذلك أن النص الشرعى، وهو مكون من ألفاظ وعبارات، قد تكون له دلالة واحدة، وقد يكون له أكثر من دلالة. ويستدل بالنص عادة على دلالته أى مفهوماته، وهذه المفهومات لا تخرج عن خمسة:

الأول : مفهوم العبارة: وهو المعنى الذى يتبادر إلى الذهن من صيغة النص، وهو الذى قصده الشارع من وضع النص؛ لأن المشرع حين يضع النص يختار له من الألفاظ والعبارات ما يدل دلالة واضحة على غرضه-١٢٠-، ثم يصوغه بعد ذلك بحيث يتبادر المعنى المقصود من النص إلى ذهن المطلع بمجرد الاطلاع عليه .

الثانى : مفهوم الإشارة : هو معنى لم يوضع النص من أجله، ولا يتبادر إلى الذهن من الاطلاع على صيغة النص، ولكنه مع ذلك يكون لازما لعبارة النص أو لبعض ألفاظه. فمفهوم الإشارة هو معنى لازم للنص غير مقصود من سياقه، مثل قوله تعالى: ﴿للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم يبتغون فضلا من الله ورضوانا﴾ [الحشر:٨]. فمعنى العبارة الذى وضع النص من أجله هو أن الفقراء المهاجرين لهم نصيب من الفىء، ومفهوم الإشارة أن أموال هؤلاء المهاجرين التى تركوها قد خرجت عن ملكهم؛ لأن وصفهم بأنهم فقراء يستلزم ألاّ تكون أموالهم على ملكهم-١٢١- .

الثالث : مفهوم الدلالة : هو المعنى الذى يفهم من روح النص ومنطقه، فإذا دلت عبارة النص على حكم فى واقعة ما لعلة استوجبت هذا الحكم،-١٢٢- فكل واقعة أخرى من جنسها تدخل تحت مفهوم النص إذا توافرت فيها علة الحكم، وكانت مساوية للواقعة التى جاء بها النص أو أولى منها بالحكم، على أن تكون المساواة أو الأولوية متبادرة إلى الفهم دون حاجة لقياس أو اجتهاد. ومثل ذلك قوله تعالى : ﴿فلا تقل لهما أفٍّ ولا تنهرهما﴾ [الإسراء:٢٣]. فقد نهى الله عن التأفف من الوالدين ونهرهما وحرم

الصدر تعليق "رقم-١٢٠-": إذا كان المتكلم فى مقام بيان غرضه وإفهام مراده. أما إذا كان فى مقام إهمال غرضه وإجمال مراده، فلا يلزم اختيار ما كانت دلالته واضحة . أما حمل اللفظ على ظاهره فلا ريب فيه لأن المتكلم إذا كان يريد غير المعنى الظاهر لكان عليه أن يقيم القرينة، فما لم تقم قرينة على المراد فلا بد وأنه يريد المعنى الظاهر ويكون هو المراد للمتكلم .

الصدر تعليق "رقم-١٢١-": إذا كان المراد وصف جميع المهاجرين بالفقراء. وأما إذا كان المراد خصوص من كان فقيرا منهم فلا دلالة فيها على ذلك، مع إمكان أن يكون وصفهم بالفقر بعد هجرتهم إلى المدينة لعدم تمكنهم من التصرف فى أموالهم. فليست للآية المباركة دلالة إشارة على ما ذكره المصنف فلا يصح التمثيل بها .

الصدر تعليق "رقم-١٢٢-": الرأى السائد عند فقهاء المذهب الجعفرى هو عدم التعدى عن موضع النص إلا مع حصول القطع بعلة الحكم. فأى مورد يعلم فيه بوجود العلة يسرى الحكم إليه دون سواه .

<عوده> ذلك، وهذا هو المفهوم من عبارة النص، ولكن الذى يفهم من دلالته أن كل ما ساوى التأفف أو كان أشد منه محرَّم أيضا، لتوافر علة التحريم فيما يساوى التأفف، ولأن ما زاد عليه أولى بالتحريم.أما ما يقل عن التأفف والنهر فلا يدخل تحت النص .

ويسمى الاستدلال على هذا الوجه بالقياس الجلى لظهور فهم المساواة أو الأولوية بين المنطوق والمفهوم الموافق له، كما يسمى مفهوم الدلالة بمفهوم الموافقة، لأنه يوافق منطوق النص فى علة الحكم موافقة تفهم بمجرد فهم عبارة النص، ويسمى أيضا فحوى الخطاب أى روحه وما يعقل منه .

الرابع : مفهوم الاقتضاء : هو المعنى الذى يقتضيه النص بحيث لا تصح صيغة النص ولا تستقيم دون تقدير هذا المعنى-١٢٣-، مثل قوله تعالى : ﴿حُرِّمت عليكم أمهاتكم﴾ [النساء: ٢٣] فهذه الصيغة قد يفهم منها معانى كثيرة ولكن لا يمكن أن تصح وتستقيم إلا إذا فهمت على أن التحريم مقصود منه الزواج، وهذا هو مفهوم الاقتضاء. ومثل قوله تعالى: ﴿حُرِّمت عليكم الميتة﴾ [المائدة :٣] . فمفهوم الاقتضاء فيها هو تحريم الأكل .

الصدر تعليق "رقم-١٢٣-": عقلا أو شرعا أو لغة أو عادة أو كان صدق النص موقوفا عليه . أما مثال الذى يتوقف صحته عقلا عليه فقوله تعالى: ﴿واسأل القرية﴾ [يوسف : ٨٢]. فإن صحة السؤال من المدينة عقلا يتوقف على تقدير لفظ أهل .

ومثال ما يتوقف عليه صحته شرعا قولهم : اعتق عبدك عنى على ألف . فإن معنى هذا الكلام أن المأمور بالوكالة عن الآمر يعتق العبد فكان الآمر هو العاتق ولما أنه ورد شرعا أنه لا عتق إلا فى ملك فتدل العبارة على طلب تملكه فيكون التقدير ملكنى العبد بألف ثم اعتقه عنى.

ومثال ما يتوقف عليه صحة الكلام لغة المثال الذى ذكره المؤلف، إذ لا يصح لغة تعلق الحكم الشرعى بالأعيان الخارجية فلا بد لصحتها واستقامتها لغة من أن يقدر متعلق الحرمة وهو الزواج فى المثال الأول والأكل فى المثال الثانى .

ومثال ما يتوقف صحة الكلام عليه عادة قولهم رأيت أسدا فى الحمام فإن صحته عادة متوقفة على إرادة الرجل الشجاع من لفظ الأسد لاستحالة وجود الأسد فى الحمام عادة.

ومثال ما كان صدق النص موقوفا عليه قوله(ﷺ): لا ضرر ولا ضرار فى الإسلام، فإن صدق الكلام يتوقف على تقدير الأحكام والآثار الشرعية لتكون هى المنفية حقيقة لتحقيق الضرر والضرار عند المسلمين قطعا، فالمنفى واقعا الضرر باعتبار آثاره الشرعية لأنه سبحانه وتعالى لم يحكم حكما يوجب الضرر على المسلمين .

عوده الخامس : مفهوم المخالفة : هو المعنى المخالف لمفهوم العبارة، أو هو المعنى الذى انتفت عنه قيود النص. وقد اختلف الأصوليون فى مفهوم المخالفة فرأى فريق منهم أن لكل نص دلالتين: دلالة على حكم معين منطوق، ودلالة على نقيض هذا الحكم فيما يخالفه، أى فى مفهوم المخالف، فقوله تعالى: ﴿أو دما مسفوحا﴾ [الأنعام: ١٤٥]، يدل على تحريم الدم المسفوح بمنطوق النص، ويدل على إباحة الدم غير المسفوح بمفهوم النص المخالف . فكلما دل النص بمنطوقه على حكم معين فإنه يدل على نقيض هذا الحكم بمفهومه المخالف. فمفهوم المخالفة ليس مسكوتا عنه عند هؤلاء .

والفريق الثانى يرى أن مفهوم المخالفة مسكوت عنه، وأن النص يوضع للحكم المنطوق به، ولا يوضع لمفهومه المخالف، فطبقا لهذا الرأى لا دلالة للنص إلا على حكمه المعين فى منطوقه، وأما مفهومه المخالف فلا دلالة للنص على حكم فيه وهذا هو الرأى الراجح-١٢٤- .

الصدر تعليق "رقم-١٢٤-": لأن تقييد الدم بالمسفوح : كما يمكن أن يكون لتقييد الحكم بالطهارة وأنها مقيدة بخصوص الدم المسفوح دون سواه، يمكن أن يكون لبيان نفس موضوع الحكم أو ما تعلق به الموضوع، فلا يستفاد منه إلا تقييد موضوع الحكم أو متعلق الموضوع فلا ينفى الطهارة عن غير الدم المسفوح وما لم تقم قرينة على المعنى الأول فلا يكون للجملة دلالة على نفى الحكم عن غير المسفوح.

الشاوى رأينا فى "التعليقات-١٢٠- إلى-١٢٤-": أنه يورد بعض تحفظاته على أقوال فقيهنا - فيما عدا رقم-١٢٢- فيشير إلى أن الجعفرية يلتزمون بالنص ولا يقيدونه إلا مع حصول القطع بعلة الحكم ... التى يوجب توافرها للتوسع فى تطبيق الحكم.

تراجع الحاشية .

❁ 141 – الغاية الشرعية من التفسير وارتباطه بمقاصد الشريعة ونظرياتها العامة :

ما أشار إليه من قواعد تفرضه الأصول اللغوية؛ لكن علينا أن نلفت النظر إلى أن المبدأ العام الذى يحكم "نظرية التفسير" فى المواد الجنائية هو أنها نصوص استثنائية، ولذلك يجب إخضاعها لتفسير ضيق حتى لايتسع نطاق العقوبات ولانتجاوز قصد المشرع منها .

وما يعرضه من قواعد لغوية إنما تهدف لتحقيق هذه الغاية والالتزام بها .

إلى جانب هذا المبدإ، لابد أن نشير إلى أن الألفاظ والنصوص إنما هى أدوات أو وسائل للدلالة على معان أو مقاصد هى الهدف من النص وغايته، ولذلك فإن المفسر يجب أن تكون مهمته الأولى هى الوصول إلى مقاصد التشريع وحكمته لأنها لازمة لاستنباط الحكم من النص .

* * *

لقد عنى فقهاؤنا باستقصاء كل ما يمكن فهمه من مقاصد عبارات النصوص وبيان أولوية كل مفهوم منها بدقة متناهية، هذه الدقة تؤكد رأينا فى أن التفسير قد يحتاج فى أكثر الأحيان إلى قدر من العلم يتجاوز قدرة الفرد العادى؛ ولابد أن يتولاه حينئذ المختصون من الفقهاء والقضاة .

كنا نود لو أنه أضاف ما عنى بعرضه فى المقدمة من ضرورة تعمق فهم مقاصد النصوص القرآنية بالذات لكى تكون أساسا للنظريات العامة فى الفقه ومنبعا أصيلا لها. وإشارته إلى ما يسمونه "القياس الجلى" أو الظاهر تشير إلى أن هناك درجات متفاوتة من القياس، وهو ما نستند إليه فى أن القياس يجب أن يتسع فى العصر الحاضر وفى المستقبل لأنواع تفتح الباب للتنظير بالقدر اللازم لتقنين التعازير .

ما ذكره عن المفاهيم المتعددة من النص، سواء العبارة أو الإشارة أو الدلالة أو الاقتضاء أو المخالفة، يشير إلى أن هذا الترتيب يقصد به الأولوية مما يكون له أهميته عند التعارض كما سيوضحه فى البند التالى .

عوده ١٤٢ ـ *تعارض المفهومات* : إذا تعارضت المفهومات يرجح مفهوم العبارة على مفهوم الإشارة-١٢٥-؛ لأن مفهوم العبارة هو المعنى الذى وضع النص من أجله، وأما مفهوم الإشارة فهو معنى لازم لبعض ألفاظ النص ولكن الشارع لم يقصده لذاته.

وإذا تعارض مفهوم العبارة أو مفهوم الإشارة مع مفهوم الدلالة-١٢٦- رجح مفهوم العبارة أو مفهوم الإشارة؛ لأن كلا منهما مفهوم الصيغة أو الألفاظ التى اختارها الشارع، أما مفهوم الدلالة فهو ما يفهم من روح النص ومنطقه، وليس يصح أن نبطل معنى العبارات والألفاظ التى اختارها الشارع للمعنى الذى نفهمه نحن من روح النص .

أما مفهوم الاقتضاء فهو مقدم على غيره-١٢٧-؛ لأنه المعنى الذى لا تصح صيغة النص ولا تستقيم إلا به .

أما مفهوم المخالفة فقد رأينا أنه على الرأى الراجح مسكوت عنه ولا عمل له .

١٤٣ ـ *ثانيا ـ وضوح الدلالات وغموضها* : تنقسم الألفاظ والعبارات والنصوص من حيث ظهور معناها إلى نوعين : نوع واضح الدلالة على معناه وليس فى دلالته غموض ولا إيهام، ونوع غامض الدلالة وفيه غموض وخفاء .

والواضح الدلالة ليس على درجة واحدة فى وضوح دلالته، بل بعضه أوضح دلالة من بعض، كما أن الغامض الدلالة بعضه أخفى دلالة من بعض .

الصدر تعليق "رقم-١٢٥-": لا يعقل تعارض مفهوم الإشارة مع مفهوم العبارة، لأن مفهوم الإشارة هو ما يكون لازما لعبارة النص أو لبعض ألفاظه، فكيف يكون معارضا لمفهوم العبارة المتبادر من النص يا ترى ؟!

الصدر تعليق "رقم-١٢٦-": مفهوم الدلالة كما مر عليك آنفا من المصنف هو ما يفهم من روح النص ومنطقه، فكيف يمكن أن يعارض المعنى المتبادر من النص وهو المسمى بمفهوم العبارة ؟ أو كيف يعارض مفهوم الإشارة الذى يكون لازما لعبارة النص ؟ وكيف يقطع يا ترى بوجود علة الحكم ليكون للكلام مفهوم دلالة فى مورد ينفيه ظاهر العبارة أو المعنى اللازم لها يا ترى ؟!

الصدر تعليق "رقم-١٢٧-": ولا يعقل أن يعارضه سواه، لأنه الذى لا تصلح صيغة النص بدونه ولا يعقل أن تكون إحدى المفاهيم تثبت عدم صحة النص .

الشاوى رأينا فى "التعليقات-١٢٥- إلى-١٢٧-": أنها آراؤه الشخصية، والذى يهمنا هو إشارته إلى ما يتميز به المذهب الجعفرى كما فى تعليقيه رقمى-١٢٨-و-١٢٩-، وفى هذا الرقم الأخير يؤكد تركيزهم على جواز القياس كلما توافرت العلة الداعية للحكم بصورة قاطعة – ونحن نرى أن هذا الاتجاه يؤيد قولنا إن ظروف الحاضر والمستقبل تستلزم توسيع نطاق القياس ليشمل بناء النظريات العامة على أساس المبادئ التى تشير إليها النصوص، ولا نقف عند القياس على الحكم الفرعى المستمد من النص لتوافر العلة، بل يجب أيضا أن نأخذ فى الحسبان المبادئ العامة التى تشمل ما يسميه فقيهنا روح التشريع ومقاصده ومبادئه العامة – ويؤيده التعليقين رقمى-١٣٠-و-١٣١-.

(عوده) ١٤٤ـ *أقسام الواضح الدلالة* : ينقسم الواضح الدلالة إلى أربعة أقسام:
١ - الظاهر . ٢ - النص . ٣ - المفسر . ٤ - المحكم .

١٤٥ ـ *الظاهر* : الظاهر هو ما دلت صيغته على معناه دلالة واضحة، بحيث لا يتوقف فهم معناه على قرينة خارجية، ولم يكن معناه هو المقصود أصلا من السياق أى من وضع الصيغة-١٢٨-،مثل قوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾[البقرة: ٢٧٥]. فإحلال البيع، وتحريم الربا يفهم من لفظى أحل وحرم دون حاجة إلى قرينة خارجية، وهذا المعنى لم يقصد من سياق الآية، لأنها سيقت أصلا لنفى المماثلة بين البيع والربا، ردًّا على من قالوا بأن البيع مثل الربا ﴿ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ [البقرة: ٢٧٥] .

حكم الظاهر: يجب العمل بما ظهر منه ما لم يقم دليل يقتضى العدول عن ظاهره، إذ الأصل عدم صرف اللفظ عن ظاهره إلا بدليل يقتضى صرفه عن ظاهره، أو إرادة معنى آخر منه.

وإذا كان الظاهر عامّا احتمل التخصيص، وإذا كان مطلقا احتمل التقييد. وإن كان حقيقة احتمل أن يراد به معنى مجازى، إلى غير ذلك من وجوه التأويل. ولا يكون صحيحا إلا إذا بنى على دليل شرعى، من نص، وقياس-١٢٩-، أو روح التشريع ومبادئه العامة-١٣٠- فإذا لم يبن على دليل شرعى كان تأولا باطلا .

١٤٦ ـ *النص* : هو ما دلت صيغته دلالة واضحة على معناه المقصود أصالة من السياق، فمتى كان المعنى ظاهرا بوضوح فى اللفظ - وهو المقصود أصالة من السياق - كان اللفظ نصّا عليه، فقوله تعالى : ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾[البقرة: ٢٧٥]. نص على نفى المماثلة بين البيع والربا؛ لأنه معنى ظاهر من اللفظ ومقصود أصالة من سياقة .

حكم النص : حكمه هو حكم الظاهر، ويحتمل مثله التأويل-١٣١- .

(الصدر) تعليق "رقم-١٢٨-": بل ولو كان هو المقصود فالظاهر والنص باصطلاح علماء المذهب الجعفرى كلاهما من الظاهر .

(الصدر) تعليق "رقم-١٢٩-": مر عليك قريبا أن فقهاء المذهب الجعفرى لا يعتبرون القياس ولا يستندون إليه ولا يذهبون إلى شمول الحكم لغير مورد النص إلا مع وجود العلة المنصوصة أو القطع بالعلة الداعية للحكم فى غير موردها .

(الصدر) تعليق "رقم-١٣٠-": بمعنى أن الظاهر مخالف لما يعلم كونه من الدين ومخالف لمبادئه وأسسه.

(الصدر) تعليق "رقم-١٣١-": مر عليك قريبا أن هذا القسم باصطلاح فقهاء المذهب الجعفرى من الظاهر أيضا والنص عندهم مالا يحتمل التأويل .

(الشاوى) رأينا فى "التعليقات-١٢٨- - -١٣١-": تراجع الحاشية .

عوده ١٤٧ ـ المفسر: هو ما دلت صيغته دلالة واضحة على معنى مفصل ينتفى معه احتمال التأويل، مثل قوله تعالى فى قاذفى المحصنات: ﴿فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾. [النور: ٤]. ويُعَدّ النص مفسرا ولو ورد مجملا غير مفصل إذا ألحق به الشارع ما يفصله ويزيل إجماله، كقوله تعالى: ﴿ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق﴾ [الإسراء:٣٣].فهو نص مجمل، ولكن الرسول فصل معناه حين قال: "لا يحل قتل امرئ مسلم إلا لإحدى ثلاث : زنا بعد إحصان، وكفر بعد إيمان، وقتل نفس بغير نفس".

حكم المفسر : يجب العمل به كما فصل، ولا يحتمل أو يؤول أو يصرف عن ظاهره، والتفسير الذى ينفى احتمال التأويل هو التفسير المستفاد من الصيغة، أو المستفاد من بيان تفسيرى مصدره المشرع، أما تفسير الفقهاء والمجتهدين فلا يعد من التشريع ولا ينتفى معه احتمال التأويل .

١٤٨ ـ المحكم : هو ما دلت صيغته دلالة واضحة على معنى لا يقبل إبطالا ولا تبديلا، ولا يبقى معها احتمال للتأويل. والمحكم لا يقبل الإبطال ولا التبديل؛ لأن الحكم المستفاد منه حكم أساسى من قواعد الدين كعبادة الله وحده، والإيمان بكتبه ورسله، أو لأنه من أمهات الفضائل التى لا تختلف باختلاف الأحوال، كَبِرِّ الوالدين والعدل، أو لأنه حكم فرعى جزئى أيده الشارع، كقوله تعالى فى قاذفى المحصنَات : ﴿ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا﴾ [النور: ٤]. والمحكم لا يقبل التأويل؛ لأنه مفصل ومفسر تفسيرا لا مجال معه للتأويل .

حكم المحكم : يجب العمل به قطعا ولا يحتمل صرفه عن ظاهره .

١٤٩ ـ حكم التعارض: إذا تعارض ظاهر ونص، رجح النص؛ لأن الشارع قصده أصالة-١٣٢-. وإذا تعارض نص ومفسر رجح المفسر؛ لأنه أوضح دلالة على المراد منه إذ لا يحتمل التأويل، وإذا تعارض محكم ومفسر، رجح المحكم لأنه أقوى دلالة من المفسر-١٣٣-.

الصدر تعليق "رقم-١٣٢-": قصد الشارع للنص أصالة لا يكون مصححا لتقديمه إلا إذا وقع التعارض بين إطلاقى الدليلين، فيقدم إطلاق النص، لأن الظاهر لم يقصده الشارع أصالة فلا يمكن التمسك بإطلاقه. فالآية المباركة لا يمكن الاستناد إليها فى الحكم بحلية جميع أنواع البيع أو بحرمة جميع مصاديق الربا لأن الهدف من الآية المباركة بيان الفرق بينهما كون الأفراد المتعارفة من البيع محكومة بالحلية والأفراد المتعارفة من الربا محكومة بالحرمة .

الصدر تعليق "رقم-١٣٣-": كيف يكون المحكم أقوى دلالة من المفسر وكل منهما لا يقبل التأويل؟ فلا برهان على لزوم تقديم المحكم دائما، بل يرجع فى فرض تعارضهما إلى القواعد المقررة للدليلين المتعارضين .

الشاوى رأينا فى "التعليقين-١٣٢-، -١٣٣-": آراء شخصية للسيد الصدر لها تقديرها.

142- 149- درجات الوضوح :

توصل الفقه إلى ضرورة التمييز بين درجات "الوضوح" فى عبارة النص ومفهومه؛ وأولها ما يَعُدُّونه ظاهر الوضوح، ومع ذلك فقد أشاروا إلى أنه يحتمل التخصيص أو التقييد بناء على دليل شرعى سواء كان نصّا أو قياسا (اجتهادا) استنادا إلى روح التشريع ومبادئه العامة .

إن ما عرضه من ترتيب الأولويات فى حال التعارض بين مفهوم بعض النصوص يؤكد لنا مدى الدقة التى أولاها الفقه لفهم النصوص - ولا يقصد بها فى نظرنا مجرد تقديسها - بل الهدف هو كما قلنا تمكين الأجيال المتعاقبة من العلماء والفقهاء وأهل الاجتهاد من مواصلة التعمق للوصول إلى استنباط النظريات العامة التى هى منبع الأحكام الفرعية ومنبتها ومفتاح نموها وتطورها وتجديدها .

ونحن نكتفى بالتذكير بأن أهم الغايات التى يجب أن نتوخاها من فهم النصوص فى الحاضر والمستقبل، إنما هى التعمق فى فهم مقاصدها وحكمتها وعللها التى نستطيع بها أن نبنى عليها النظريات العامة .

لقد قام أسلافنا بالدور الأكبر فى استنباط الأحكام الفرعية من النصوص مباشرة، بقى علينا الآن أن نتجه إلى ما هو أبعد من ذلك من المبادئ والمقاصد والنظريات العامة التى تحدد لنا الحقوق التى قصد الشارع حمايتها بالعقاب المقرر فى بعض النصوص - لأن اختيار المشرع لأفعال معينة ليفرض عليها عقوبة مقررة ليس عشوائيا بل لأنه يستلفت نظرنا لضرورة حمايتها عند فرض التعازير .

* * *

لم يقف الفقه عند حد العبارات الواضحة أو ما يسمونه "ظاهر النص"؛ بل سوى بها ثلاث صور أخرى ليست أقل وضوحا؛ بل إن بعضها يصل وضوحه إلى حد القول بأنه لايحتمل أى تأويل يصرفه عن ظاهره ....

ولاننسى أن المجتهدين الذين بلغوا درجة كبرى فى العلم هم الذين يستطيعون أن يفرقوا بين النصوص التى يعترفون لها بأحد هذه الأوصاف المتفاوتة وإن كانت متقاربة لأنها كلها فى دائرة "الوضوح" .

* * *

والتدرج بين الصور الأربع من درجات "الوضوح" تصاعدى، بمعنى أن كلاّ منها أكثر وضوحا من سابقه حسب الترتيب الذى قدمها به واتبعه فى عرضها؛ أى أن أقواها وضوحا هو آخرها - أى المحكم يليه المفسر ثم النص وآخرها "الظاهر".والتفرقة بين هذه الأنواع مرجعها إلى الاجتهاد .

<عوده> ١٥٠ـ *أقسام الغامض الدلالة*: ينقسم الغامض الدلالة إلى أربعة أقسام:
١ - الخفى . ٢ - المشكل . ٣ - المجمل . ٤ - المتشابه .

١٥١ـ *الخفى* : الخفى فى الاصطلاح هو اللفظ الدال على معناه دلالة ظاهرة، ولكن فى انطباق معناه على بعض الأفراد غموض وخفاء يحتاج إلى نظر وتأمل. ومنشأ هذا الغموض أن الفرد فيه صفة زائدة على سائر الأفراد، أو ينقص صفة عنها، أو أن له اسما خاصا دونها، فهذه الزيادة أو هذا النقص أو هذه التسمية الخاصة تجعله موضع اشتباه، فيكون اللفظ خفيا بالنسبة لهذا الفرد . مثال ذلك لفظ السارق، فإنه ينطبق على كل من أخذ مال الغير خفية من حرز مثله؛ لأن السرقة هى أخذ مال الغير خفية من حرز مثله، ولكن فى انطباق لفظ السارق على الطَّرَّار - أى النشّال - نوع من الغموض والخفاء؛ لأن النشال يأخذ المال من حاضر يقظان معتمدا على خفة يده ومسارقة الأعين، فهو يغاير السارق بوصف زائد فيه، هو جرأة المسارقة، ومن ثم فقد سمى باسم خاص. ومثال ذلك النباش أى سارق الأكفان، فإنه يختلف عن السارق فى أنه يأخذ ما ليس على ملك أحد على رأى، أو يأخذ من غير حرز على رأى آخر. فلفظ السارق يعد خفيّا بالنسبة للطرار والنباش، والوسيلة لإزالة هذا الخفاء هى البحث والاجتهاد؛ فإن رأى القاضى-١٣٤- أن اللفظ يتناولهما ولو بمفهوم الدلالة جعلهما من مداولات اللفظ، وطبق عليهما حكم السرقة، وإن رأى أن اللفظ لا يتناولهما بأى طريق من طرق الدلالة لم يطبق عليهما حكم السرقة. والذى حدث فى هاتين الحالتين بالذات أن المجتهدين أجمعوا على اعتبار الطرار-١٣٥- سارقا ولكنهم اختلفوا فى عَدِّ النباش-١٣٦- كذلك.

[الصدر] تعليق "رقم-١٣٤-": إن كان مجتهدا وإلا رجع إلى غيره من المجتهدين .

[الشاوى] رأينا فى "تعليق-١٣٤-": تكرار من الصدر ما تضمنه فى تعليقه ١١٧.

[الصدر] تعليق "رقم-١٣٥-": وهو الرأى السائد بين فقهاء المذهب الجعفرى إذا سرق من الجيب والكم الباطنين، وفسر الباطن بما إذا كان فى باطن الثوب أو فى ثوب داخل مطلقا، كان الثوب فى باطن الثوب أو ظاهره. واستندوا فيما ذهبوا إليه إلى أخبار رويت عن أمير المؤمنين (ع)، وقد يُستدل على ذلك بصدق الحرز على الجيب الباطنى وعلى جيب الثوب الداخل .

[الصدر] تعليق "رقم-١٣٦-": أما فقهاء المذهب الجعفرى فقد اتفقوا على قطع يد النباش، واستندوا فى ذلك إلى أخبار معتبرة رويت عن أئمة أهل البيت (ع) واختلفوا فى أنه هل تقطع يد النباش مطلقا ولو كان ما سرق لا يساوى ربع دينار أو يشترط فى قطع يد النباش أن يبلغ سعره ربع دينار.

[الشاوى] رأينا فى "التعليقين-١٣٥-، -١٣٦-": أن آراء المذهب الجعفرى التى أشار إليها تدور حول التزامهم بما يسميه "الأخبار المعتبرة" عن أئمة أهل البيت - التى نرى وصفها بأنها اجتهادات لهم يجب فى نظرنا معاملتها كغيرها من آراء الصحابة .

﴿عوده﴾ ١٥٢ ـ المشكل : هو اللفظ الذى لا يدل بصيغته على المراد منه، ولكن يمكن تعيين المراد منه بقرينة خارجية. ومثاله اللفظ المشترك فإنه موضوع لأكثر من معنى واحد، وليس فى صيغته ما يدل على المعنى الذى يقصد الشارع منه، ولكن القرينة الخارجية تعين المعنى الذى يقصده الشارع، كلفظ القرء فى قوله تعالى: ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾ [البقرة:٢٢٨]. فإنه موضوع للطهر والحيض، وليس فى صيغته ما يدل على المعنى الذى قصده الشارع .

وقد ينشأ الإشكال من مقابلة النصوص بعضها ببعض، بأن يكون كل نص على حدته ظاهر الدلالة على معناه ولا إشكال فيه، ولكن الإشكال فى التوفيق والجمع بين هذه النصوص .

والطريق لإزالة إشكال المشكل هو الاجتهاد، فعلى القاضى-١٣٧- إذا ورد فى النص لفظ مشترك أن يتوصل بالقرائن والأدلة الشرعية إلى إزالة إشكال اللفظ وتعيين المراد به. وإذا وردت نصوص ظاهرها التخالف والتناقض، فعليه أن يؤولها تأويلا صحيحا يوفق بينها ويزيل ما فى ظاهرها من اختلاف-١٣٨-، على أن يعتمد

[الصدر] تعليق "رقم-١٣٧-": إن كان مجتهدا وإلا فيعتمد فى ذلك على من يرجع إليه من المجتهدين.

[الصدر] تعليق "رقم-١٣٨-": يعتمد عليه العرف ولم يكن الدليلان عرفا يعدان من الدليلين المتعارضين بل كان أحدهما يصلح عند العرف لأن يكون مبينا للآخر وشارحا له، كما إذا ورد دليل ينهى عن أمر من الأمور كالارتماس -(الانغماس)- للصائم مثلا، وآخر يجوزه، فالحديث الأول ظاهر فى حرمة الارتماس لأن الحرمة هى المعنى المستفاد من النهى عرفا وإن أمكن استعمالها فى الكراهة مجازا، والدليل الثانى صريح بجواز الارتماس للصائم، فيقع التعارض بين ظهور الدليل الأول وصراحة الدليل الثانى لعدم إمكان أن يحكم الفعل الواحد بالإباحة والحرمة فى زمان واحد، والعمل بمحتوى الدليلين يقتضى الذهاب إلى الكراهة ورفع اليد عن ظهور الدليل الأول بالحرمة لأن صراحة الدليل الثانى بالإباحة يكون قرينة عرفية على أن المراد من النهى فى الدليل الأول الكراهة. وهكذا، فإن كل دليل دل على الإباحة إذا عارضه ما دل على الوجوب والحرمة يكون قرينة على أن المراد من الأول الاستحباب ومن الثانى الكراهة .

كما أن الدليلين إذا كان أحدهما عاما وشاملا لأفراد كثيرة وكان الثانى مختصا ببعض أفراد الموضوع الأول، ومثاله أن يرد فى نص الربا حرام وفى آخر الربا بين الوالد والولد مباح، فإن الدليل الثانى لما كان أعم من الأول فيكون مفسرا للدليل الأول ومخصصا له بغير الوالد والولد وقرينة عرفية على بيان المراد منه، فلذا لو كان متصلا به لما بقى على ظهوره فى شمول جميع الأفراد. ولافرق فى الدليل المفسر بين كونه متقدما أو متأخرا منفصلا أو متصلا. ويسمى تقديم الخاص على العام تخصيصا إذا كان دلالة الدليل العام على شمول جميع الأفراد بالوضع إذا كان الشمول مستفادا من أدوات العموم، كما لو كان المثال الأول كل ربا من كل إنسان =

= حرام فيسمى الدليل الثانى مخصصا. وأما إذا كان شموله مستفادا من الإطلاق ومن تعلق الحكم بالطبيعة التى لها أفراد كثيرة وكان الخاص مختصا ببعض الأفراد كالمثال الذى ذكرناه فى أول التعليقة، فإن الخاص يقدم ويسمى مقيدا. ومن موارد التأويل الصحيح العرفى ما لو كان أحد الدليلين دالا على ثبوت حكم لموضوع كان الآخر ينفى وجود ذلك الموضوع. ومثاله أن يرد فى النص، يجب الحج على المستطيع. وورد فى نص آخر: المدين ليس مستطيعا، ففى مثل هذه الموارد يكون الدليل الثانى قرينة على عدم وجوب الحج على المدين لأن الدليل الأول يوجب الحج على خصوص المستطيع والنص الثانى ينفى صفة الاستطاعة عن المدين فيقدم الدليل الثانى ويسمى حاكما ويسمى الدليل الأول محكوما. ولا يصح التأويل فى غير هذه الموارد التى ذكرناها، بل يكون الدليلان من المتعارضين.

وقد اختلفت آراء فقهاء المذهب الجعفرى فى العمل بالدليلين المتعارضين، فذهب بعضهم إلى لزوم العمل بالدليل الراجح منهما، ومع عدم رجحان فى أحد الدليلين فالمكلف مخير بالعمل بأيهما شاء. وذهب بعضهم إلى لزوم العمل بالراجح منهما ومع تساويهما فلا يصح العمل بأى من الدليلين. وذهب بعضهم إلى أن المجتهد مخير فى الاعتماد على أى من الدليلين شاء ولو كان أحدهما أرجح وذا مزية، وإنما يحسن للمجتهد الأخذ بالراجح. وأرجح هذه الآراء هو الرأى الأول. كما اختلفت آراؤهم فى الأمور التى توجب الرجحان، والرأى الراجح هو أن الأمور التى توجب الرجحان ثلاثة :

الأول : كون أحد الدليلين أشهر رواية بمعنى اشتهار روايته بين الرواة .

الثانى : أن يكون مشابها لنص كتابى .

الثالث : ألاّ يكون موافقا لآراء بقية المذاهب الفقهية الإسلامية، فإذا ورد دليلان أحدهما موافق لآراء بقية المذاهب الإسلامية والآخر مخالف لها فيؤخذ بالأول لأن أئمة أهل البيت كثيرا ما كانوا يلتجئون إلى بيان غير الواقع خوفا على أنفسهم من السلطات القائمة فى تلك الأزمنة أو خوفا على شيعتهم فيما إذا تظاهروا بأمر يخالف ما عليه غيرهم من المذاهب الفقهية الإسلامية فيكون سبب معرفتهم وإنزال الضرر بهم، فلا يحصل لنا الوثوق بأن الدليل الموافق لبقية المذاهب الإسلامية صدر لبيان الحكم الواقعى، وأما الدليل المخالف لبقية المذاهب الإسلامية فلا يحتمل صدوره لغير بيان الحكم الواقعى فيستند إليه. وقد وردت أخبار معتبرة آمرة بالأخذ بالمرجحات المذكورة فلا مجال للتخيير مع وجود إحدى هذه المرجحات. وأما مع عدمها فالرأى الراجح عندنا هو التخير، وأما المرجحات الأخرى التى ذكرها بعض الفقهاء فلم يقم على الترجيح بها دليل معتبر بنظرنا.

الشاوى رأينا فى "التعليق المطول-١٣٨-": أنه يورد آراءه الشخصية – إلا أن الرأى الذى أشار إليه من أنه يرى ترجيح الرأى الذى لا يكون موافقا لآراء أهل السنة، يستند إلى تفسير غير مقبول لمواقف آل البيت كنا نتمنى أن يستبعده ونخشى أن يكون هو فى بعض تعليقاته يحرص على إبراز بعض الآراء التى يرى هو أنها تخالف آراء السنة .

ونحن نفضل أن يتجه الباحثون فى المذاهب كلها إلى ترجيح الآراء التى تقرب بين المذاهب وليس تلك التى تباعد بينها كما يقول .

عوده فى تأويله على نصوص أخرى-١٣٩-، أو على مبادئ الشريعة العامة-١٤٠- وحكمة التشريع فيها-١٤١- .

١٥٣ ـ **المجمل** : هو اللفظ الذى لا يدل بصيغته على المراد منه، ولا توجد معه قرائن لفظية أو حالية تبين هذا المراد. من ذلك الألفاظ التى نقلها الشارع عن معانيها اللغوية ووضعها لمعان اصطلاحية شرعية خاصة، كألفاظ الصلاة والزكاة والصيام وغيرها من كل لفظ أراد به الشارع معنى شرعيا خاصا لا معناه اللغوى. فإذا ورد لفظ من هذه الألفاظ فى نص شرعى، كان مجملا حتى يفسره الشارع، ولذلك جاءت السنة العملية والقولية بتفسير الصلاة وبيان أركانها وشروطها وكيفيتها، كما جاءت بتفسير الزكاة والصيام وغيرهما مما جاء مجملا فى نصوص القرآن .

ومن المجمل اللفظ الغريب الذى فسره القرآن، كلفظ القارعة فى قوله تعالى: ﴿القارعة* ما القارعة * وما أدراك ما القارعة * يوم يكون الناس كالفراش المبثوث * وتكون الجبال كالعهن المنفوش﴾ [القارعة: ١-٥].

وكل لفظ أراد به الشارع معنى خاصا وليس فى صيغة اللفظ ولا فى القرائن الخارجية ما يبينه فهو لفظ مجمل، والطريق إلى بيانه وإزالة إجماله هو الشارع نفسه،فإن لم يبينه فلا بيان له .

وإذا صدر من الشارع بيان لمجمل ولكنه غير واف بتفصيل كل ما أريد منه، فإن اللفظ المجمل ينتقل بهذا البيان غير الوافى من باب المجمل إلى باب المشكل ، ويكون على القاضى -١٤٢- أن يزيل الإشكال باجتهاده دون حاجة إلى بيان أو تفسير جديد من الشارع .

الصدر تعليق "رقم-١٣٩-": تكون قرينة عرفية على فهم المراد منها كما مر تفصيل ذلك فى التعليقة السابقة .

الصدر تعليق "رقم-١٤٠-": إذا كان أحد الدليلين منافيا لمبادئ الشريعة الإسلامية فلا يكون حجة ولا يصلح لأن يعارض سواه .

الصدر تعليق "رقم-١٤١-": إذا أوجب القطع بالحكم الشرعى فالدليل المخالف لها يسقط عن الحجية وإن لم يوجب القطع بالحكم الشرعى فلا دليل على الترجيح بما وافقها إلا حصول الظن بما وافق الحكمة ولا دليل على اعتبار هذا الظن .

الشاوى رأينا فى "التعليقات أرقام-١٣٩-و-١٤٠- و-١٤١-": من حسن الحظ أنه يورد ما يؤيد أقوال فقيهنا فى الأصل.

الصدر تعليق "رقم-١٤٢-": إذا كان مجتهدا وإلا رجع فى ذلك إلى أحد المجتهدين.

عوده ١٥٤ ـ *المتشابه* : هو اللفظ الذى لا تدل صيغته على المراد منه، ولا توجد قرائن خارجية تبينه، واستأثر بعلمه فلم يفسره .

وليس فى النصوص التشريعية شيء من المتشابه، فلا يوجد فى آيات الأحكام أو أحاديث الأحكام لفظ متشابه لا يعلم المراد منه، وإنما يوجد المتشابه فى مواضع أخرى . ومن أمثلته الحروف المقطعة التى بدأت بها بعض سور القرآن-١٤٣- .

١٥٥ ـ *ثالثا ـ اشتراك الألفاظ وعمومها وخصوصها* : ينقسم اللفظ من حيث المعنى الذى وضع له إلى : مشترك، وعام وخاص :

الصدر تعليق "رقم-١٤٣-": ذكرنا فى تفسير هذه الحروف فى الجزء الأول من كتابنا "محاضرات فى تفسير القرآن الكريم" ص (١٠١) ما يأتى : "إنها تشتمل على معان وإشارات لا يفهمها إلا الرسول الأعظم (ﷺ). وإن الغرض من إفهام تلك المعانى بهذه الكيفية هو إفهام الناس أن القرآن المعجز الذى عجز العرب عن الإتيان بسورة من سوره مركب من هذه الحروف التى يتركب منها كلامهم وتتكون منها خطبهم وأشعارهم، فعجزهم مع ذلك عن معارضته ومقابلته والتجاؤهم إلى السيف دليل على أنه من الله تبارك وتعالى. وقد يستفاد ذلك من نفس القرآن أيضا فإن ظاهر قوله تعالى: ﴿ذلك الكتاب﴾ [البقرة : ٢]، هو إخبار عن نفس هذه الحروف، ولما لم تكن هذه الحروف هى القرآن الكريم فلابد وأن يكون المراد أن القرآن الكريم مركب منها، مع ذلك عجز العرب عن مجاراته" . انتهى .

ولقد وردت بعض الأخبار فى تفسير هذه الحروف المقطعة، ولا مانع من أن يكون المراد من هذه الحروف الإشارة إلى إعجاز القرآن، مع اشتمالها على معان أخرى لا يعرفها إلا النبى (ﷺ)، ولا سبيل لنا إلى فهم تلك المعانى إلا الأخبار الواردة عنه (ﷺ) فلا مانع من الاعتماد عليها إذا ثبت اعتبارها.

الشاوى رأينا فى "تعليق-١٤٢-": سبق أن بينا رأينا فيه – أما تعليق رقم-١٤٣- فهو رأى شخصى له فى التفسير .

عوده ١٥٦ ـ *اللفظ المشترك* : هو لفظ وضع لمعنيين أو أكثر بأوضاع متعددة، فهو يدل على ما وضع له على سبيل البدل، أى يدل على هذا المعنى أو ذاك، كلفظ القرء يدل على الحيض والطهر، ولفظ اليد فى قوله تعالى : ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ [المائدة :٣٨]. فإنه يعنى اليمنى واليسرى، ويعنى من رءوس الأصابع إلى الرسغين وإلى المرفق وإلى المنكب-١٤٤- .

والاشتراك قد يكون بين معنى لغوى ومعنى اصطلاحى شرعى، وقد يكون بين أكثر من معنى واحد من المعانى اللغوية .

فإذا كان الاشتراك بين معنى لغوى ومعنى اصطلاحى شرعى وجب حمل اللفظ على المعنى الاصطلاحى الشرعى دون غيره. فلفظ الطلاق موضوع لغة لحل أى قيد، وموضوع شرعا لحل قيد النكاح، فإذا أريد معرفة المعنى المقصود من هذا اللفظ المشترك فى قوله تعالى : ﴿الطلاق مرتان﴾[البقرة:٢٢٩].وجب أن نعرف أن المقصود هو المعنى الاصطلاحى .

الصدر تعليق "رقم-١٤٤-": أو خصوص الأصابع كما يذهب إلى ذلك فقهاء المذهب الجعفرى تبعا لما ثبت عندهم من سيرة مولانا أمير المؤمنين (ع)، وقد نقل ذلك عنه الشافعى فى كتاب الأم الجزء السابع ص (١٨٢) . وقيل إن اليد استعملت فى القرآن الكريم بمعنى الأصابع فى قوله سبحانه وتعالى : ﴿فويل للذين يكتبون الكتاب بأيديهم ثم يقولون هذا من عند الله.. إلخ﴾ [البقرة: ٧٩]. لأن من المعلوم أن الكتابة بالأصابع دون الساعد والكف. وقد ذكرنا آنفا أن مما يشهد لصحة هذا الحكم قوله سبحانه وتعالى: ﴿وأن المساجد لله فلا تدعوا مع الله أحدا﴾ [الجن: ١٨]. فإن المساجد مفسرة بالمساجد السبعة اللاتى يجب السجود عليها ومنها الكف، فإذا كانت الكف لله فكيف تقطع يا ترى ؟!

الشاوى رأينا فى "تعليق-١٤٤-": أن الجعفرية يرون أن قطع اليد فى حد السرقة يقصد به الأصابع فقط – سبق أن قلنا إنه رأى يستحق أن يؤخذ بعين الاهتمام عند دراسة حد السرقة فى القسم الخاص، لأن الأدلة التى استند إليها تستحق التقدير .

﴾عوده﴿ وإذا كان اللفظ المشترك مشتركا بين معنيين أو أكثر من المعاني اللغوية وجب حمله على معنى واحد منها بدليل يعينه،لأن الشارع لا يقصد عقلا من اللفظ إلا أحد معانيه-١٤٥-، وللقاضي-١٤٦- أن يستدل بالقرائن والأمارات التي تعين المعنى المراد.

ومثال اللفظ المشترك بين معنيين لغويين الواو في قوله تعالى : ﴿ولا تأكلوا مما لم يُذْكَر اسم الله عليه وإنه لفسق﴾ [الأنعام :١٢١]. فالواو لفظ مشترك يستعمل لغة للعطف كما يستعمل للحال، فإن أريد به الحال كان النهي واردا على ما لم يذكر

الصدر تعليق "رقم-١٤٥-": يمكن أن يريد المؤلف من عبارته هذه أحد المعنيين :

أولهما : أنه يستحيل للمولى أن يقصد أكثر من معنى واحد من معاني اللفظ المشترك وهو أحد قولي علماء المذهب الجعفري، ويستندون في ذلك إلى أن استعمال اللفظ في المعنى بمعنى إيجاد ذلك المعنى باللفظ لكن لا وجودا حقيقيا بل وجودا جعليا تنزيلا لأن وجود اللفظ وجود للمعنى تنزيلا، فكأنه بإيجاد اللفظ أوجد المعنى خارجا فهو وجود واحد ينتسب إلى اللفظ حقيقة أولا وبالذات وإلى المعنى تنزيلا وثانيا وبالعرض فلا يمكن أن يراد باستعمال واحد معنيين لأن لازمه أن يوجد بلفظ واحد معنيان وأن يكون قالبا لاثنين وهو محال .

وذهب آخرون إلى جواز استعمال اللفظ في أكثر من معنى، واحتجوا بأن الاستعمال غير منحصر بما ذكر في حجة المانعين لإمكان أن يكون مستعملا في معنيين بمعنى كونه مشيرا لهما لا منزلا منزلتهما .

والقول الثاني هو القول الراجح منهما كما يظهر ذلك لمن راجع الحجتين السابقتين .

ولكن الظاهر من المشترك استعماله بمعنى واحد، وإن قلنا بإمكان استعماله في معنيين فلا يمكن إرادة أكثر من معنى إلا بقرينة تدل على ذلك .

ثاني المعنيين اللذين تحتملهما عبارة المصنف أن الشارع إنما يستعمل اللفظ في المعنى لتفهيم مراده وتوضيح مقصوده وهو لا يحصل إلا بإرادة أحد معاني المشترك ويمكن أن يورد عليه لو أراد هذا المعنى بأنه مع تسليم إن كان استعمال اللفظ في أكثر من معنى فلا ينافي إرادة تفهيم المراد وتوضيح المقصود بأن يستعمل اللفظ في أكثر معنى من معاني المشترك مع إقامة قرينته على مراده .

الشاوي رأينا في "تعليق-١٤٥-": هي آراؤه الشخصية .

الصدر تعليق "رقم-١٤٦-": إذا كان مجتهدا وإلا فيرجع في ذلك إلى أحد المجتهدين.

الشاوي رأينا في "تعليق-١٤٦-": سبق أن ذكرنا أن رأينا هو أن الاجتهاد أو التفسير ليس خاصا بطائفة دون غيرها — كل ما هنالك أن قيمة كل اجتهاد أو تفسير ترجع إلى مقدار ما لدى صاحب الرأي من علم وفقه .

عوده   اسم الله عليه، والحال أنه فسق أى ذكر عليه حين ذبحه اسم غير الله-١٤٧-، وإن أريد به العطف كان النهى واردا على ما لم يذكر اسم الله عليه مطلقا، سواء ذكر عليه حين الذبح اسم غير الله أم لم يذكر .

ومهما تعددت معانى اللفظ المشترك، فإن الشارع لا يقصد إلا أحدها دون غيره؛ لأن المعانى المتعددة توضع على سبيل البدل،-١٤٨- أى على أن يحل معنى بدلا من آخر، ولأن بعض المعانى متضاربة فلو جمع بينها لكان المقصود المعنى وضده فى وقت واحد-١٤٩- .

الصدر   تعليق "رقم-١٤٧-": أو كان عدم ذكر اسمه سبحانه لعدم الاعتقاد به أو لعدم الاهتمام به سبحانه .

الشاوى   رأينا فى "تعليق-١٤٧-": هى آراؤه الشخصية .

الصدر   تعليق "رقم-١٤٨-": كونها كذلك لا يكون سببا لعدم جواز استعمالها فى أكثر من معنى إلا إذا تم أحد الوجهين اللذين ذكرناهما فى تفسير عبارة المتن .

الصدر   تعليق "رقم-١٤٩-": إذا صح استعمال اللفظ فى أكثر من معنى واستعمله الشارع فى أكثر من معنى فيكون المقصود جميع المعانى التى استعمل اللفظ فيها ولا تكون المعانى متضادة على هذا القول .

الشاوى   رأينا فى "التعليقين-١٤٨-، - ١٤٩-": هى آراؤه الشخصية .

۞ 150- 156 - درجات "الغموض" واللفظ متعدد المعانى :

كما أن الوضوح له أربع درجات؛ فكذلك نقيضه وهو ما يسمى بالغموض - له درجات متفاوتة - وقد عرضها بترتيب تصاعدى فى "الغموض" كما فعل بالنسبة لدرجات الواضح؛ وأقصى هذه الدرجات غموضا هو "المتشابه" وعرفه بأنه ما استأثر الشارع الحكيم بعلمه - فهو غيب يليه المشكل ثم المجمل ثم الخفى .

والعلم والاجتهاد هو الذى يعترف لكل نص بحظه من الغموض؛ كما أنه هو الذى يعترف له بحظه من الوضوح كما أشرنا فيما سبق؛ وقد أشرنا مرارا إلى أن باب الاجتهاد مفتوح دائما ولامجال للقول بأنه أُغلق؛ كل ما هنالك أن الاجتهاد أصبح جماعيا بعد أن كان فرديا؛ ونحن نصف فهم المكلف العادى للنصوص بأنه اجتهاد وإن كان أدنى درجات الاجتهاد لأن الشخص يجتهد لنفسه فقط لا لغيره .

ومن حسن الحظ أنه أكد أنه لا يوجد فى النصوص الجنائية (فى الكتاب أو السنة) ما يدخل فى نطاق "المتشابه" الذى استأثر الله بعلمه - لأنها إنما شرعت لكى يفهمها الجميع ويعملوا بها حسب فهمهم واجتهادهم - وأن ما يُعَدّ متشابها يدخل فى نطاق نصوص أخرى لاتدخل فى نطاق التشريع الجنائى لا نستطيع أن نتأكد من فهمنا لمقصدها حتى الآن .. مثل الحروف المقطعة فى أوائل السور القرآنية.

* * *

فى حالة اللفظ متعدد المعانى، فإن على المجتهد أو المفسر أن يستدل من القرائن والأمارات على المعنى المقصود من النص متعدد المعانى دون غيره؛ وهذا أمر اجتهادى ... مع ملاحظة أن كل ما هو محل للاجتهاد يجوز فيه الخلاف وتعدد المذاهب والآراء.

والتفصيلات التى عرضها فى هذا المضمار تدخل فى نطاق علم أصول الفقه ...

(عوده) ١٥٧ ـ *اللفظ العام*: هو لفظ وضع لمعنى واحد يتحقق فى أفراد كثيرين غير محصورين، ويدل بوضعه اللغوى على شمول هذه الأفراد واستغراقها جميعا-١٥٠-، مثل لفظ الوصية فى قوله صلى الله عليه وسلم : "لا وصية لوارث"، فهو يدل بوضعه اللغوى على شمول كل وصية؛ لأنه نكرة فى سياق النفى وهى تدل على العموم .

والفرق بين اللفظ المشترك واللفظ العام، أن المشترك وضع لمعان متعددة، أما العام فموضوع لمعنى واحد يتحقق فى أفراد كثيرين .

والألفاظ التى تفيد العموم تنحصر بالاستقراء فى سبعة أنواع :

١ – لفظ كل ولفظ جميع، فكل منها يفيد شمول أفراد ما يضاف إليه، مثل قوله تعالى: ﴿كل امرئ بما كسب رهين﴾ [الطور : ٢١] .

٢ – المفرد المعرف بأل الجنسية مثل قوله تعالى: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾[المائدة:٣٨]، وقوله : ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾[البقرة: ٢٧٥]. فالمراد جنس السارق وجنس البيع وجنس الربا، والجنس يتحقق فى كل فرد-١٥١-، فينطبق النص على كل سارق وكل بيع وكل ربا.

٣ – الجمع المعرف بأل الجنسية أو المعرف بالإضافة، مثل الأول قوله تعالى : ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾[البقرة: ٢٢٨]. ومثل الثانى قوله تعالى: ﴿حرمت عليكم أمهاتكم﴾ [النساء: ٢٣].

٤ – النكرة فى سياق النفى-١٥٢- مثل قول الرسول عليه الصلاة والسلام : (ولا يقاد والد بولده) وقوله : (لا وصية لوارث) .

(الصدر) تعليق "رقم-١٥٠-": بل يدل لفظ الوصية بحسب وضعه على طبيعة الوصية. وإنما استفيد الشمول من قرينة خارجية تسمى بمقدمات الحكمة، وهو كون المتكلم فى مقام بيان مراده ولم ينصب قرينته على أن مراده بعض الأفراد فلابد وأنه مريد لجميع ما تصدق عليه هذه الطبيعة .

(الشاوى) رأينا فى "تعليق-١٥٠-": هى آراؤه الشخصية .

(الصدر) تعليق "رقم-١٥١-": كما يمكن أن يتحقق الجنس فى جميع الأفراد يمكن أن يتحقق فى بعضها فقط، ولا يمكن إثبات الأول مع عدم قرينة خاصة عليه إلا بواسطة القرينة المسماة بمقدمات الحكمة وقد أشرنا إليها آنفا .

(الصدر) تعليق "رقم-١٥٢-": إذا دخل النفى على النكرة فإنما يدل على انتفاء جميع ما يرد من النكرة، والنكرة لا تدل بنفسها على شمول جميع الأفراد وإنما دلالتها على الاستيعاب بواسطة القرينة الخارجية العامة المسماة بمقدمات الحكمة التى أشرنا إليها آنفا.

(عوده) ٥ – الاسم الموصول-١٥٣- مثل قوله تعالى : ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ [النور: ٤].

٦ – اسم الشرط مثل قوله تعالى: ﴿ومن يقتل مؤمنا متعمدا﴾ [النساء:٩٣]. وقوله : ﴿ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمْها فإنه آثم قلبه﴾ [البقرة : ٢٨٣] .

٧ – اسم الاستفهام مثل قوله تعالى: ﴿من ذا الذى يقرض الله قرضا حسنا فيضاعفَه له﴾ [البقرة : ٢٤٥] .

فكل لفظ من أى نوع من هذه الأنواع يفيد بوضعه اللغوى العموم والشمول-١٥٤-.

(الصدر) تعليق "رقم-١٥٣-": وضع الاسم الموصول لجماعة ويصح أن يراد به أى جماعة مهما قلت أو كثرت، وإنما يستفاد الاستيعاب ببركة القرينة العامة المسماة بمقدمات الحكمة التى أشرنا إليها آنفا، ومثله اسم الشرط واسم الاستفهام فإنه لا يستفاد منهما الشمول إلا بواسطة القرينة العامة المسماة بمقدمات الحكمة .

(الصدر) تعليق "رقم-١٥٤-": فى خصوص النوع الأول، وبواسطة مقدمات الحكمة فى بقية الأنواع .

(الشاوى) رأينا فى "التعليقات-١٥١- إلى-١٥٤-": هى آراء شخصية للسيد الصدر تكمل ما ذكره فقيهنا أو تعدله .

(عوده) ١٥٨ ـ *دلالة العام قطعية* : وإذا ورد فى نص شرعى لفظ عام ولم يقم دليل على تخصيصه وجب حمله على عمومه، لأنه موضوع لغة لهذا العموم، ولم يقم دليل يصرفه عما وضع له، وكان ثبوت الحكم الوارد بالنص لجميع أفراد هذا العام قطعيا لا ظنيا-١٥٥-؛ لأن اللفظ عند الإطلاق يلازمه معناه قطعا، وهذا هو معنى القاعدة الأصولية: "العام الذى لم يخصص يتناول جميع أفراده قطعا" .

وإذا قام دليل على تخصيص العام وجب حمله على ما بقى من أفراده بعد التخصيص وكان الحكم الوارد بالنص لهذه الأفراد الباقية بعد التخصيص ظنيا لا قطعيا؛ لأن النص الذى خصص العام أولا لابد أن يكون معللا، وهذه العلة قد تتحقق فى فرد آخر مما بقى بعد التخصيص، فكأن التخصيص الأول قد جعل كل فرد من أفراد العام الباقية محتملا للتخصيص-١٥٦-، ولهذا الاحتمال لا تكون الدلالة قطعية . ومن الأمثلة على ذلك قوله تعالى : ﴿وأُحِل لكم ما وراء ذلكم﴾ [النساء: ٢٤]. فهذا نص عام ولكن الرسول صلى الله عليه وسلم خصصه بقوله: "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب". ففتح هذا التخصيص للمجتهدين باب تخصيص آخر فقاسوا المصاهرة على النسب-١٥٧-، وحرموا من الرضاع ما يحرم بالمصاهرة، كما حرم النص من الرضاع ما يحرم من النسب.

(الصدر) تعليق "رقم-١٥٥-": مع القطع بعدم وجود المخصص وعدم وجود مصلحة فى إخفائه .

(الصدر) تعليق "رقم-١٥٦-": إلا إذا قطع بعدم مخصص آخر وعدم وجود مصلحة فى إخفاء التخصيص فتكون دلالته قطعية فلا فرق بين العام المخصص وغيره فى كون دلالة كل منهما قطعية مع القطع بعدم وجود مخصص فى العام غير المخصص أو القطع بعدم وجود مخصص آخر فى العام المخصص، وإنما يحصل القطع المذكور إذا كان المولى فى مقام بيان مراده وكان متمكنا من ذلك ولم يكن فى مقام يقتضى الإخفاء لتقية وشبهها، أما إذا حصل الظن بعدم وجود مخصص فى العام غير المخصص أو مخصص آخر فى العام المخصص فتكون الدلالة ظنية، وإذا لم يحصل القطع ولا الظن فالدلالة اجتماعية.

(الشاوى) رأينا فى "التعليقين-١٥٥-، -١٥٦-": تشمل تعليقاته على آرائه الشخصية.

(الصدر) تعليق "رقم-١٥٧-": مر آنفا أن فقهاء المذهب الجعفرى لم يعدوا القياس من أدلة الأحكام الشرعية ولم يعتمدوا عليه فلم يقيسوا المصاهرة بالنسب .

(الشاوى) رأينا فى "تعليق-١٥٧-": يشير إلى اتجاه الفقه الجعفرى لعدم الاعتماد على القياس فى جميع الأحكام الشرعية، وقد اعترضنا على ذلك من قبل – لأن القياس هو من أساليب الاجتهاد بمعناه الواسع أو استعمال العقل الذى صرح بأنه مصدر للتشريع عند الجعفرية ...

عوده ١٥٩ ـ *ما يترتب على قطعية دلالة العام* : ويترتب على القول بقطعية دلالة العام-١٥٨- الذى لم يخصص نتيجتان مهمتان :

النتيجة الأولى : أن العام فى نصوص القرآن والسنة المتواترة لا يخصصه ابتداء قياس ولا سنة غير متواترة-١٥٩-؛ لأن كليهما ظنى الدلالة-١٦٠-، والظنى لا يخصص القطعى-١٦١-.أما إذا خصص العام بقطعى فيصح بعد ذلك أن يخصصه

الصدر تعليق "رقم-١٥٨-": مر آنفا أن دلالة العام لا تكون قطعية إلا مع القطع بعدم التخصيص وبعدم وجود مصلحة فى الإخفاء .

الشاوى رأينا فى "تعليق-١٥٨-": تكرار لما قاله من قبل .

الصدر تعليق "رقم-١٥٩-": أما القياس فليس من الأدلة الشرعية فى نظر فقهاء المذهب الجعفرى فلا يعتمد عليه فى تخصيص ولا غيره .

أما السنة المعتبرة قطعية الدلالة كانت أو ظنية فهى دليل شرعى، والرأى السائد عند فقهاء المذهب الجعفرى هو تخصيص الكتاب والسنة المتواترة بها، لأنها تكون قرينة على أن المراد بعض الأفراد دون الجميع فان ما دل فى السنة على المنع من البيع الموجب للغرر يكون مخصصا لقوله تعالى : ﴿وأحل الله البيع﴾، ومفسرا له وكاشفا على أن المراد به عدا البيع الذى يوجب الغرر .

الصدر تعليق "رقم-١٦٠-": مر عليك قريبا أن السنة غير المتواترة وإن كانت ظنية السند فإنها تفسر العام القرآنى والعام الوارد فى السنة المتواترة وتكشف عن اختصاصه بغير موردها .

وأما القياس فلا يمنع من التخصيص به ظنية دلالته بل المانع عدم ثبوت حجيته وقيام الأدلة القطعية على عدمها ولو سلمت حجيته فهو ليس من الأدلة اللفظية ليخصص به الكتاب أو السنة.

الشاوى رأينا فى "التعليقين-١٥٩-، -١٦٠-": يشير إلى اتجاه الفقه الجعفرى لعدم الاعتماد على القياس فى جميع الأحكام الشرعية، وقد اعترضنا على ذلك من قبل، لأن القياس هو من أساليب الاجتهاد بمعناه الواسع - الذى يتسع لكل جهد عقلى - وقد قرر أن العقل هو المصدر الرابع للتشريع فى المذهب الجعفرى .

الصدر تعليق "رقم-١٦١-": مر عليك قريبا أن العام ليس بقطعى الدلالة دائما، كما مر عليك آنفا أن الدليل القطعى الدلالة يمكن تخصيصه بدليل ظنى الدلالة إذا ثبت اعتباره، والعام الوارد فى القرآن والسنة المتواترة قطعى ولا ينافى ذلك تخصيص بدليل ظنى الصدور أو ظنى الدلالة ولا يخرج بالتخصيص عن كونه قطعى الصدور، وذلك لأن الخاص لا يعارض سند العام بل يكون شارحا ومفسرا له وقرينة على بيان المراد منه .

〈عوده〉 قياس أو سنة غير متواترة ؛ لأن العام بالتخصيص الأول صار ظنى الدلالة -١٦٢-، ومن ثم يصح تخصيصه بظنى مثله .

النتيجة الثانية : أن العام الذى لم يخصص إذا دل على حكم ودل نص خاص على خلافه فإنهما يتعارضان-١٦٣-؛ لتساويهما فى أن كلا منهما قطعى الدلالة، فإذا خصص العام فإنه لا يعارض النص الخاص، لأنه يصير ظنى الدلالة-١٦٤- فلا يعارض النص الخاص وهو قطعى الدلالة-١٦٥-، ويكون الترجيح للقطعى-١٦٦- .

على أن البعض يرى أن العام ظنى الدلالة فى كل الأحوال، لأن استقراء-١٦٧- نصوص الشريعة دل على أنه لم يبق فيها عام على عمومه حتى اشتهرت هذه القاعدة "مامن عام إلا وخصص" .

[الصدر] تعليق "رقم-١٦٢-": مر علينا قريبا أن العام فى كلتا الصورتين ظنى الدلالة إلا مع القطع بعدم تخصيصه مع عدم وجود مصلحة تمنع من إظهار التخصيص، وكيف يكون يا ترى قطعى الدلالة مع وجود دليل معتبر أخص منه يصلح لأن يكون مفسرا له وقرينة على اختصاصه ببعض الأفراد دون جميعها ؟

[الصدر] تعليق "رقم-١٦٣-": واللازم تقديم الخاص لأنه يصلح لأن يكون قرينة على العام ومفسرا له ومخصصا له بغير مورده، كما مر آنفا، ولا يكون العام مع وجود خاص مفسرا له مقطوع الدلالة .

[الصدر] تعليق "رقم-١٦٤-": مر عليك قريبا أن العام فى كلا صورتى تخصيصه وعدم تخصيصه ظنى الدلالة إلا مع القطع بعدم تخصيصه وبعدم وجود مصلحة فى إخفاء التخصيص .

[الصدر] تعليق "رقم-١٦٥-": قد يكون الخاص قطعى الدلالة وقد يكون ظنى الدلالة وهو فى كلا الحالين يقدم على العام ويكون مخصصا له ومبينا للمراد منه .

أما الخاص الظنى الدلالة فمثاله ما لو ورد فى الدليل: اشرب عصير الفواكه، وورد: لا تشرب ماء النومى، وشككنا فى ماء النومى الحامض وهل هو من عصير الفواكه المأمور بشربه أو أنه من ماء النومى المنهى عن شربه، وكل من الدليلين يدل عليه بالإطلاق لاحتمال كون النهى مختصا بماء النومى الحلو، فيكون الحامض مشمولا للعام، ويحتمل شمول الخاص له فلا يكون مشمولا للعام، فكل من الخاص والعام يحتمل شموله لماء النومى الحامض وكل منهما دلالته عليه ظنية، ولكن الذى يستند إليه ويؤخذ به هو الخاص وإن كان ظنى الدلالة لأنه أظهر من العام فى شموله للمشكوك فيه فيقدم على العام كما لو كان الخاص نصا فيه وكان: لا تشرب ماء النومى الحامض.

[الصدر] تعليق "رقم-١٦٦-": بل وإن لم يكن قطعيا كما مرت الإشارة إليه قريبا.

[الصدر] تعليق "رقم-١٦٧-": بل وحتى لو أغمضنا النظر عن هذا الاستقراء، فإن العام لا يكون قطعى الدلالة إلا مع القطع بعدم تخصيصه وعدم وجود مصلحة فى إخفاء التخصيص كمامرت الإشارة إليه.

[الشاوى] رأينا فى "التعليقات-١٦١- إلى-١٦٧-": كلها ترجح ما انتهى إليه فقيهنا من أن العام ظنى الدلالة دائما .

〈عوده〉 ويترتب على هذا الرأى أن العام من نصوص القرآن والسنة يخصص ابتداء بالقياس-١٦٨-، وبالسنة غير المتواترة، وأنه إذا دل نص عام على حكم ودل نص خاص على خلافه لا يتعارضان، بل يرجح الخاص لأنه قطعى الدلالة-١٦٩-، أما العام فظنى الدلالة، والقاعدة أن القطعى والظنى لا يتعارضان لعدم تساويهما-١٧٠-، وأن التعارض لا يكون إلا بين متساويين .

[الصدر] تعليق "رقم-١٦٨-": مر آنفا أن الرأى السائد بين فقهاء المذهب الجعفرى عدم الاعتماد على القياس فى جميع الأحكام الشرعية .

[الشاوى] رأينا فى "تعليق-١٦٨-": يشير إلى اتجاه الفقه الجعفرى لعدم الاعتماد على القياس فى جميع الأحكام الشرعية، وقد اعترضنا على ذلك من قبل، لأن القياس هو من أساليب الاجتهاد بمعناه الواسع .

[الصدر] تعليق "رقم-١٦٩-": بل لأنه مفسر وشارح وصالح لأن يكون قرينة عرفية على المراد منه وإن لم يكن قطعى الدلالة كما مر عليك ذلك مرارا .

[الصدر] تعليق "رقم-١٧٠-": مر علينا قريبا أن العام مع احتمال وجود الخاص أو احتمال مصلحة فى إخفاء الخاص لا يكون قطعيا .

[الشاوى] رأينا فى "تعليق-١٧٠-": أنه يشتمل على آرائه الشخصية .

[الشاوى] رأينا فى "التعليقات السابقة ": أنه يصر على أن العام لا يكون قطعى الدلالة إلا إذا وجد دليل يقطع بعدم تخصيصه، وبذلك يعارض قول فقيهنا بأنه لا يوجد فى نصوصنا عام لم يخصص وأنها لذلك تكون ظنية دائما .

ويدهشنا أنه بعد أن قرر هذا المبدأ وأصر عليه وجد وسيلة للخروج عليه فى الحالات التى وصفها بأنها "وجود مصلحة فى إخفاء التخصيص" دون أن يقدم معيارا لوجود مثل هذه الحالات سوى ما أشار إليه من وجود التقية كمبرر لاستبعاد التخصيص. وبهذا أصبحت التقية وسيلة لتعطيل الآراء التى ينسبونها إلى الأئمة المعصومين فى نظرهم. ونحن نرى أن العصمة والتقية متناقضان. وحبذا لو وجد من فقهاء الشيعة من يفسر لنا ذلك.

ولاشك أن "التقية" تحتاج إلى مراجعة، وكذلك العصمة .

157 – 159 – فى اللفظ العام الأصل هو الدلالة القطعية :

نرى أن الألفاظ العامة الأصل فيها أن تكون قطعية فى شمولها لجميع أفراده، لكنها قابلة للتخصيص كلما وجد دليل على ذلك ... وهذه القابلية تجعله ظنى الدلالة؛ وهذا هو ما نرجحه، خصوصا أنه يرى أن العام كله ظنى الدلالة لأنه لا يوجد فى نصوصنا لفظ عام إلا وقد خصص .

ويترتب على حسبان العام كله ظنى الدلالة أنه يجوز تخصيصه متى وجد دليل اجتهادى من قياس أو ما يماثله من أساليب الاجتهاد ... أو سنة غير متواترة .

وهو يرى أن الدليل على تخصيص لفظ عام يجب فى الأصل أن يكون فى مستوى هذا النص من حيث قوته وحجيته، لكن إذا تم هذا التخصيص فإن العام المخصص يصبح ظنى الدلالة ولو كنا عددْناه قطعيا، قبل ذلك .

ونعتقد أن الاتجاه العام لدى السنة والشيعة هو أن العام ظنى الدلالة فى جميع الأحوال .

〈عوده〉 ١٦٠ ـ ***تخصيص العام*** : يقصد من تخصيص العام صرفه عن عمومه وقصره على بعض ما يتناوله من الأفراد، بحيث لا يدخل تحت حكم النص إلا ما بقى من أفراده بعد التخصيص، ولا يكون التخصيص إلا بدليل، وهذا الدليل على نوعين: دليل غير مستقل ودليل مستقل .

١٦١ ـ ***الدليل غير المستقل*** : هو ما كان جزءا من عبارة النص العام، مثل الاستثناء الوارد فى قوله تعالى : ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون * إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا﴾ [النور: ٤، ٥].

١٦٢ ـ ***الدليل المستقل*** : هو ما لم يكن جزءا من عبارة النص العام، وهو على ثلاثة أنواع :

النوع الأول : المبادئ العامة للشريعة : فإنها تخصص العام من الأحكام الشرعية، كما فى النصوص التى جاءت بتكاليف دون تخصيص، فإن هذه النصوص لا تنطبق إلا على من هم أهل للتكليف، أما فاقدو الأهلية كالمجانين والأطفال فلا تنطبق عليهم هذه النصوص طبقا لمبادئ الشريعة العامة، فكأن هذه المبادئ العامة خصصت نصوصا عامة من نصوص الشريعة.

النوع الثانى : **العرف-١٧١-** : وقد يخصص العرف النصوص العامة فيحمل العام على ما يقتضى العرف بحمله عليه، مثل قوله عليه الصلاة والسلام: "لا قطع إلا فى ربع دينار" . فقيمة الدينار-١٧٢- تخضع للتقدير المتعارف عليه بين الناس .

النوع الثالث: النص الشرعى: فقد يخصص النص العام بنص آخر، ولكن يشترط أن يكون المخصص فى مرتبة العام المخصص من حيث قطعيته أو ظنيته،-١٧٣- أو أن يكون

[الصدر] تعليق "رقم-١٧١-": لا يَعُدّ فقهاء المذهب الجعفرى العرف من الأدلة الشرعية ليخصص به العام، وإنما يعتمدعلى العرف فى تفسير الدليل الشرعى اللازم حمله على المعنى العرفى.

[الصدر] تعليق "رقم-١٧٢-": لا يحتاج إلى العرف فى تحديد قيمة الدينار لأنه محدد واقعا، وهو مثقال ذهب خالص، وإنما يحتاج إليه فى تقييم المسروق إن لم يكن من النقود، فما رآه العرف يساوى ربع دينار فما زاد يجب القطع فيه وما لم يكن كذلك فلا يكون سببا للقطع .

[الصدر] تعليق "رقم-١٧٣-": مر عليك آنفا أن الخاص المعتبر يقدم على العام وان كان ظنى الدلالة لكونه قرينة عرفية على المراد من العام .

[الشاوى] رأينا فى "التعليقات -١٧١- - -١٧٣-": يسرنا أنه لا اعتراض لدى الشيعة على دور المبادئ العامة للشريعة فى تخصيص العام كما يرى فقيهنا .

وإذا كانت التعليقات أرقام-١٧١- و-١٧٢-و-١٧٣- تجادل فى دور العرف بحسبانه دليلا مستقلا، فإنه فى نظرهم يمكن أنه يفسر مضمون أى دليل شرعى آخر لكى يحمله على المعنى العرفى.

(عودة) أعلى منه. وينبنى على ذلك أن نصوص القرآن يخصص بعضها بعضا، وأن نصوص السنة يخصص بعضها بعضا، إذا كانت كلها متواترة، أو كلها من أخبار الآحاد.

ويخصص القرآن بالسنة إذا كانت متواترة، ولا يخصص بحديث غير متواتر أو مشهور، ولا يخصص حديث متواتر أو مشهور-١٧٤- بحديث من أخبار الآحاد؛ لأن القرآن قطعي، وفى حكمه الحديث المتواتر أو المشهور، أما خبر الآحاد فظنى .

١٦٣ـ *المقصود من التخصيص* : يقصد من التخصيص إما بيان المراد من النص العام، وإما نسخ الحكم وإبطاله بالنسبة لبعض الأفراد دون البعض الآخر، والقاعدة-١٧٥- أنه لا يبين النص إلا ما كان فى درجته أو أعلى منه . ولا ينسخه إلا ما كان كذلك .

(الصدر) تعليق "رقم-١٧٤-": بل يخصص القرآن الكريم وكذا السنة المتواترة المشهورة بكل حديث معتبر وإن لم يكن متواترا أو مشهورا، وقد مر آنفا عليك أن السر فى ذلك عدم معارضة الخاص للعام بل هو قرينة عرفية يصلح لبيان فهم المقصود منه وإن كان الخاص ظنيا والعام قطعيا .

(الشاوى) رأينا فى "تعليق-١٧٤-": أنه يعطى اهمية أكبر للأحاديث غير المتواترة وغير المشهورة، وهو أمر مشكوك فيه فى نظرنا .

(الصدر) تعليق "رقم-١٧٥-": مر عليك قريبا عدم ثبوت هذه القاعدة، وأن القرآن الكريم والسنة المتواترة تخصص بأخبار الآحاد التى ثبت اعتبارها .

أما النسخ فلا يثبت بالخبر الواحد لا للقاعدة المذكورة بل لإجماع المسلمين على ذلك.

أما القرآن الكريم فإن الحكمة تمنع من أن تنسخ آية من آياته ولا يعمل بها لوجود آية أخرى منافية لها، فلا يمكن أن تكون فى القرآن آية منسوخة لا يعمل بها فإن لازمه وجود التنافى بين آيات القرآن الكريم والله سبحانه وتعالى يقول : ﴿أفلا يتدبرون القرآن ولو كان من عند غير الله لوجدوا فيه اختلافا كثيرا﴾ [النساء :٨٢].

وكيف تكون فى القرآن الكريم آية منسوخة لا يصح العمل بها بلا قرينة فى نفس الآية أو بآية متصلة بها بخبر ينسخها، مع أن القرآن أنزل لهداية البشر وقد أمروا باتباعه والاقتداء به ؟ فآيات القرآن الكريم لا تنسخ إلا بآية متصلة بها تكون قرينة على عدم لزوم العمل بما فيها وعلى نسخها، وله مثالان فى القرآن الكريم .

الأول : قوله سبحانه وتعالى: ﴿يأيها الذين آمنوا إذا ناجيتم الرسول فقدّموا بين يدى نجواكم صدقة ذلك خير لكم وأطهر فإن لم تجدوا فإن الله غفور رحيم﴾ [المجادلة :١٢]، ﴿أأشفقتم أن تقدموا بين يدى نجواكم صدقات فإذ لم تفعلوا وتاب الله عليكم فأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة وأطيعوا الله ورسوله والله خبير بما تعملون﴾ [المجادلة :١٣] .

فقد ذهب أكثر العلماء إلى أن الآية الأولى منسوخة بالثانية. وإليك ما ذكره فى المقام أستاذنا سماحة الإمام السيد أبو القاسم الخوئى فى تفسير البيان من ص ٢٦٣ – ص ٢٦٥، فقد قال دام ظله: =

= "وقد استفاضت الروايات من طرق علماء الشيعة وحفاظ السنة أن الآية الأولى المباركة لما نزلت لم يعمل بها غير على (ع)، فكان له دينار فباعه بعشرة دراهم فكان كلما ناجى الرسول (ﷺ) قدم درهما حتى ناجاه عشر مرات. روى ابن بابويه بإسناده عن مكحول قال: قال أمير المؤمنين على بن أبى طالب (ع) : لقد علم المتحفظون من أصحاب النبى (ﷺ) أنه ليس فيهم رجل له منقبة إلا وقد شركته فيها وفضلته، ولى سبعون منقبة لم يشركنى فيها أحد منهم. قلت: يا أمير المؤمنين أخبرنى بهن. فقال (ع) أول منقبة .. وذكر السبعين، وقال فى ذلك: وأما الرابعة والعشرون فإن الله ﷻ أنزل على رسوله (ﷺ) ﴿يأيها الذين آمنوا إذا ناجيتم الرسول فقدِّموا بين يدى نجواكم صدقة﴾[المجادلة: ١٢]. فكان لى دينار فبعته بعشرة دراهم، فكنت إذا ناجيت رسول الله (ﷺ) أتصدق قبل ذلك بدرهم ووالله ما فعل هذا أحد غيرى من أصحابه قبلى ولا بعدى فأنزل الله ﷻ ﴿أأشفقتم﴾[المجادلة: ١٣].

وروى ابن جرير بإسناده عن مجاهد قال : قال على رضى الله عنه آية من كتاب الله لم يعمل بها أحد قبلى ولا يعمل بها أحد بعدى وكان عندى دينار فصرفته بعشرة دراهم فكنت إذا جئت إلى النبى (ﷺ) تصدقت بدرهم فنسخت فلم يعمل بها أحد قبلى ﴿يأيها الذين آمنوا إذا ناجيتم الرسول فقدموا بين يدى نجواكم صدقة﴾[المجادلة: ١٢].

قال الشوكانى: وأخرج عبد الرازق وعبد بن حميد وابن المنذر وابن أبى حاتم وابن مردويه عنه أيضا قال: إن فى كتاب الله لآية ما عمل بها أحد قبلى ولا يعمل بها أحد بعدى آية النجوى ﴿يأيها الذين أمنوا إذا ناجيتم الرسول فقدموا بين يدى نجواكم صدقة﴾[المجادلة: ١٢]، كان عندى دينار فبعته بعشرة دراهم فكلما ناجيت رسول الله (ﷺ) قدمت بين يدى نجواى درهما ثم نسخت فلم يعمل بها أحد فنزلت ﴿أأشفقتم أن تقدموا بين يدى نجواكم صدقات﴾[المجادلة: ١٣]. وتحقيق القول فى ذلك أن الآية المباركة دلت على أن تقديم الصدقة بين يدى مناجاة الرسول (ﷺ) خير وتطهير للنفوس والأمر به أمر بما فيه مصلحة للعباد، ودلت على أن هذا الحكم إنما يتوجب على من يجد ما يتصدق به أما من لا يجد شيئا فإن الله غفور رحيم. ولا ريب فى أن ذلك مما يستقل العقل بحسنه ويحكم الوجدان بصحته فإن فى الحكم المذكور نفعا للفقراء لأنهم المستحقون للصدقات وفيه تخفيف عن النبى (ﷺ) فإنه يوجب قلة مناجاته من الناس، وإنه لا يقدم على مناجاته بعد هذا الحكم إلا من كان حبه لمناجاة الرسول أكثر من حبه للمال. ولا ريب أيضا فى أن حسن ذلك لا يختص بوقت دون وقت.ودلت الآية الثانية على أن عامة المسلمين غير على بن أبى طالب عليه السلام أعرضوا عن مناجاة الرسول (ﷺ) إشفاقا من الصدقة وحرصا على المال، ولا ريب فى أن إعراضهم عن المناجاة يُفوّت عليهم كثيرا من المنافع والمصالح العامة، ومن أجل حفظ تلك المنافع رفع الله عنهم وجوب الصدقة بين يدى المناجاة تقديما للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة وعلى النفع الخاص بالفقراء،وأمرهم بإقامة الصلاة وإيتاء الزكاة، وإطاعة الله ورسوله، وعلى ذلك فلا مناص من الالتزام بالنسخ وأن الحكم المجعول بالآية الأولى قد نسخ وارتفع بالآية الثانية" . =

<عوده> ١٦٤ـ *اللفظ الخاص* : هو لفظ وضع للدلالة على فرد واحد بالشخص مثل محمد، أو واحد بالنوع مثل رجل، أو على أفراد متعددة محصورة مثل ثلاثة وعشرة

= هذا بعض ما ذكره أستاذنا الخوئى دام ظله. ولما كانت الآية الثانية متصلة بالأولى فلا محذور فى أن تكون ناسخة للأولى لأن كل من يقرأ الأولى يقرؤها معها فلا يعتمد على الأولى ولا يعمل بها.

الآية الثانية المنسوخة من القرآن الكريم هى قوله سبحانه وتعالى: ﴿يأيها النبى حرِّض المؤمنين على القتال إن يكن منكم عشرون صابرون يغلبوا مائتين وإن يكن منكم مائة يغلبوا ألفا من الذين كفروا بأنهم قوم لا يفقهون*الآن خفف الله عنكم وعلم أن فيكم ضعفا فإن يكن منكم مائة صابرة يغلبوا مائتين وإن يكن منكم ألف يغلبوا ألفين بإذن الله والله مع الصابرين﴾ [الأنفال:٦٥، ٦٦].

فقد حكمت الآية الأولى بحرمة الفرار وإن كان المشركون عشرة أضعاف المسلمين، ثم نسخ هذا الحكم لما ضعف المسلمون وصعب عليهم ذلك. ونسخ الآية الثانية للأولى متوقف على التنافى بين الآيتين وعدم نزولهما دفعة واحدة .

أما التنافى فواضح، وأما عدم نزولهما دفعة واحدة فهو الظاهر من سياق الآيتين المباركتين إذ لا معنى لأن يحكم فى وقت واحد بحرمة الفرار وإن كان المسلمون عشر المشركين ثم يرفع هذا الحكم ويخفف عن الأمة قبل أن تعطى مجالا لامتثال هذا الحكم ولعصيانه كما يشهد لذلك قوله سبحانه وتعالى ﴿الآن﴾ مما هو ظاهر فى تغاير الزمانين، كما يشهد لذلك أخبار وردت من طرق رواة الشيعة وحفاظ السنة تخبر عن عدم نزول الآيتين دفعة واحدة. والاعتماد على الأخبار ليس من إثبات النسخ بالخبر الواحد الذى قام الإجماع على بطلانه، وإنما هو إثبات تأخر نزول الآية الثانية الذى لازمه كون الآية الثانية ناسخة للأولى. ولا يمكن حمل الآية الأولى على الاستحباب لأن الحكم الاستحبابى لا إلزام فيه فلا صعوبة فيه ولا يكون ضعف الأمة موجبا لرفعه. ولقد أنكر أستاذنا الخوئى كون الآية الثانية ناسخة للأولى وذكر فى الجزء الأول من تفسير البيان الطبعة الأولى ص ٢٤٢ ما يأتى : إن لازم كلام القائل بالنسخ أن المجاهدين فى بدء أمر الإسلام كانوا أربط جأشا وأشد شكيمة من المجاهدين بعد ظهور الإسلام وقوته وكثرة أنصاره، وكيف يمكن القول بأن الضعف طرأ على المؤمنين بعد قوتهم؟ ويرد على ما ذكره دام ظله أولا أن الآية المباركة ليست صريحة فى طروء الضعف البدنى عليهم بل يمكن أن يكون لهم من القوة ما يمكنهم مقابلة عشرة أضعافهم ولكن ضعف نفوسهم هو الذى أوجب نسخ هذا الحكم وارتفاعه .

وثانيا. أن التاريخ يشهد أن المسلمين كلما زادوا وانتصروا ضعفت قواهم فنراهم فى بدر لم يصبهم خوف ولا جبن ونصرهم الله على أعدائه على قلة عددهم وسلاحهم وقوة الكفار وكثرة عددهم، ثم نراهم هزموا فى أُحُد، وخافوا فى الخندق، وانسحبوا أولا عن خيبر ونكبوا فى حُنَيْن.

[الشاوى] رأينا فى "تعليق-١٧٥-": استطرد السيد الصدر للإفاضة فى موضوع النسخ — والاختلاف بشأنه ليس خاصا بالشيعة إن أهل السنة يدور بينهم جدال كبير بشأنه كما بينا من قبل فلا داعى لتكرار ما قلناه فى هذا الصدد .

〈عوده〉 ومائة وقوم ورهط وجمع وفريق وغير ذلك من الألفاظ، التى تدل على عدد من الأفراد، ولا تدل على استغراق جميع الأفراد .

١٦٥ ـ *حكم اللفظ الخاص* : إذا ورد اللفظ الخاص فى نص شرعى فإنه يدل دلالة قطعية لا ظنية على معناه الخاص الذى وضع له، مثل قوله تعالى : ﴿فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾[النور: ٤].وقوله: ﴿فكفّارته إطعام عشرة مساكين﴾ [المائدة:٨٩]. فلفظ الثمانين والعشرة يدل دلالة قطعيةعلى معناه، ولا تحتمل الثمانون أو العشرة نقصا أو زيادة.

لكن إذا قام دليل يقتضى تأويل اللفظ الخاص وإرادة معنى آخر منه وجب حمله على مقتضى هذا الدليل، كما تأولوا لفظ الشاة فى قوله صلى الله عليه وسلم : "فى كل أربعين شاة شاة"، فظاهر الحديث أنه لا يجزئ فى زكاة الأربعين شاة إلا واحدة منها، ولا تجزئ قيمتها، ولكن حكمة التشريع والأصول العامة فى التضمين تقتضى تأويل-١٧٦- هذا اللفظ وصرفه عن ظاهره؛ لأن الغرض من الزكاة دفع حاجة الفقراء، وهى تندفع بقيمة الشاة كما تندفع بالشاة، ومن ثم أول اللفظ على أن المقصود بالشاة شاة أو ما يعادل قيمتها. وعلى هذا الوجه تأولوا إطعام المساكين العشرة، فرأوا أنه يجوز إطعام واحد عشر مرات-١٧٧-، كما يجوز إطعام العشرة مرة واحدة .

[الصدر] تعليق "رقم-١٧٦-": الرأى السائد عند فقهاء المذهب الجعفرى وإن كان جواز إعطاء قيمة الشاة بدلا من العين إلا أن ذلك لا للتأول الذى ذكره المؤلف وإنما ذلك لأخبار معتبرة دلت على ذلك .

[الصدر] تعليق "رقم-١٧٧-": الرأى السائد عند فقهاء المذهب الجعفرى عدم جواز ذلك لظهور الدليل فى لزوم تعدد الفقير، وقد وافقهم فى ذلك مالك والشافعى إذ نقل عنهما ابن رشد فى كتابه بداية المجتهد الجزء الأول ص ٤١٨ أنهما قالا: لا يجزيه إلا أن يطعم عشرة مساكين .

[الشاوى] رأينا فى "التعليقين-١٧٦-،-١٧٧-": يشير إلى أن الفقه الجعفرى يؤثر ما يسميه "الأخبار المعتبرة" على مجرد التأويل الاجتهادى، وفى ذلك تقييد لمجال الاجتهاد لا نرى له مسوّغا.

إذا كان اللفظ العام قابلا للتخصيص دائما فإن ذلك لايكون إلا بدليل شرعي؛ سواء كان الدليل واردا فى النص العام ذاته أو كان مستمدا من مبدإ عام أو عرف أو نص آخر؛ ويشترط فى هذه الحالة أن يكون هذا الدليل فى مستوى يؤهله لذلك بأن يكون فى درجته من حيث القطعية أو يكون أعلى منه .

وبعض الفقهاء يعدون التخصيص نوعا من النسخ؛ ويغالون فى ذلك مما يترتب عليه توسيع مجال النسخ؛ وهو ما لانوافق عليه وما يعارضه كثيرون. ومشكلة النسخ تثير جدلا لاحدود له، وليس هذا مجال البحث فيه .

ونحن نوافقه فيما أورده عن حكم اللفظ الخاص إذ يرى أنه هو أيضا يقبل التأويل إذا قضت بذلك حكمة التشريع والأصول والنظريات العامة كما فى الأمثلة التى ذكرها.

وأدلة التخصيص من أهم موضوعات الفقه فى نظرنا، وخاصة منها ما يسميه الأدلة "المستقلة"، أى التى لم يرد بها نص التخصيص ولكن يستنبط مما سماه "المبادئ العامة فى الشريعة"...

وقد سبق أن أشرنا إلى أن هذه "المبادئ العامة" هى أساس ما نحتاج إليه من "نظريات عامة"، وهو هنا يؤكد أنها يمكن أن تُعَدّ دليلا على تخصيص بعض النصوص العامة، وبذلك يشير إلى أهميتها العملية فى تطبيق النصوص الشرعية، فلم تعد تلك النصوص مطلقة فى عمومها كما يظن البعض، بل يجب أن يكون تطبيقها خاضعا لتخصيصها بفعل "النظريات أو المبادئ العامة" .

لهذا السبب، فنحن لا نمل من الإشارة إلى أهمية "النظريات العامة" وخاصة فى الحاضر والمستقبل لأنه لا يمكن تطبيق النصوص الشرعية إلا فى إطارها – وسوف نجعل هذا المبدأ أساسا لما نقدمه من آراء وخاصة فيما يتعلق بما سماه "نظرية المساواة الإنسانية" أو نظرية مساواة المرأة بالرجل، فإن ما يقدمه بعض فقهائنا من أدلة اجتهادية على بعض الأحكام التى استنبطوها إذا كانت تخل بهذين المبدأين تكون غير مقبولة فى نظرنا لضرورة الالتزام بهما فى تفسير النصوص القرآنية، ومن باب أولى فى استنباطنا الأحكام الاجتهادية الفرعية.

واعتبار "العرف" أساسا لتخصيص النصوص العامة لا يقل فى أهميته عن "النظريات" أو المبادئ العامة التى أشرنا إليها، وقد ذكر مثالا لذلك "الدنانير" التى حُدِّد نصاب حد السرقة بها فى السنَّة النبوية، فقد أشار إلى أن قيمة الدينار تخضع للتقدير المتعارف عليه فى كل زمن وكل مكان . وبناء على ذلك فإننا نرى أن نصاب حد القطع فى السرقة يجب أن يخضع للمتعارف عليه زمانا ومكانا – ولا نوافق الذين يلتزمون فى تقديره بالذهب لأن الذهب والفضة كلاهما ليست له قيمة ثابتة، فلا يجوز

مقادير الكفارات تخضع للعرف :

الاعتماد عليهما فى تحديد نصاب حد السرقة وإهمال العرف الذى يسير عليه الناس، خاصة ونحن فى عصر النقود الورقية التى تختلف فيها قيمة الصرف من يوم لآخر، وأخذ العرف فى حسباننا عند تطبيق النصوص أو تفسيرها أو استنباطها هو إحدى النظريات العامة فى شريعتنا .

إذا كان البعض يَعُدُّون التخصيص نسخا - فى حين يعارض ذلك كثيرون من المحدثين، فإن هذا الخلاف يدخل فى نظرنا فى نطاق المصطلحات ولا يغير شيئا من الحقيقة، وهى أن التخصيص يحد من نطاق تطبيق اللفظ أو النص العام، سواء كان هذا التحديد نسخا أو كان مجرد تحديد لنطاق تطبيق النص العام .

* * *

فيما يتعلق بالنص الخاص، فإنه أقر بجواز تأويله كلما قام دليل على معنى آخر.

وبالنسبة للأمثلة التى ذكرها عن أعداد الجلدات فى حد القذف أو عدد المساكين فى الكفارة، فنحن نرى أن هذا العدد قد يكون المقصود منه الإشارة إلى الحد الأقصى بالنسبة للجزاء كما فى الجلد - أو قد يقصد به الحد الأدنى الذى يجوز الزيادة عليه كما فى الكفارة.

فنحن لا نرى ضررا فى أن من يلتزم بالكفارة يمكن أن يزيد على عشرة مساكين، لأن الزيادة تطوع مستحب ولا ضرر فيها، خصوصا إذا صار المأثور أقل بكثير مما تستلزمه ظروف الزمان والمكان .

لكن نرى أن عدد الجلدات المقرر بالنص هو الحد الأقصى للعقوبة الحدية وكل ما ورد فى عدد جلدات الحد يشير إلى الحد الأقصى الذى لا يجوز تجاوزه حدا ولا تعزيرا - وإن كان يجوز إنقاصه فى حالات التعزير عندما ما يكتفى بالتعزير لوجود شبهة .

يلاحظ هنا أننا إذا طبقنا الجلد تعزيرا على نوع من القذف فمن الأفضل ألا نَعُدَّها جريمة قذف، لأننا نفضل أن توصف بذلك كلما كانت تستحق عقوبة حدية على أن يعطى لها اسم آخر ليكون جريمة أخرى أو معصية تستحق التعزيز لا الحد إذا لم تتوافر شروط الحد، وهنا يمكن القول إن التعزير المستحق هو عقوبة جريمة أخرى غير مسماة .

إن نظرية التعزير كأصل عام عن الجرائم التى هى من جنس المعاقب عليها حدا أو قصاصا، تحتاج إلى مزيد من البحث، لأن الحد أو القصاص هو تعزير من الله بنص شرعى، أما المعاصى التى تخرج عن هذا النطاق فالعقاب عليها أو الجزاء هو تعزير فوضه الله للقاضى أو المجتهد .

﴿عوده﴾ ١٦٦ ـ حالات اللفظ الخاص : للفظ الخاص حالات متعددة، فقد يرد مطلقا، وقد يرد مقيدا، وقد يأتى فى صيغة الطلب أى الأمر، وقد يأتى فى صيغة النهى.

١٦٧ ـ المطلق والمقيد : المطلق هو ما دل على فرد شائع غير مقيد لفظا بأى قيد، مثل مصرى، والمقيد هو ما دل على فرد مقيد لفظا بقيد ما، مثل مصرى مسلم.

وحكم المطلق أنه يؤخذ على إطلاقه،-١٧٨- إلا إذا قام دليل على تقييده، فإن هذا الدليل المقيد يصرفه عن الإطلاق ويعين المراد منه، كقوله تعالى: ﴿كتب عليكم القصاص فى القتلى﴾ [البقرة:١٧٨]. فإنه يفيد إطلاق القصاص فى كل قتل متعمد، ولكنه قيد بقول الرسول صلى الله عليه وسلم : "لا يقاد والد بوالده". فصار المراد من الآية القتل المتعمد الحاصل من غير والد .

وإذا ورد اللفظ مطلقا فى نص شرعى ومقيدا فى نص آخر، فإن كان الحكم الوارد فيهما متحدا، والسبب الذى بنى عليه الحكم متحدا، حمل المطلق على المقيد، وكان المراد من المطلق هو المقيد؛ لأن الاختلاف بالإطلاق والتقييد لا يتصور مع اتحاد الحكم وسببه. ومثل ذلك قوله تعالى: ﴿حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير﴾ [المائدة:٣]. فلفظ الدم فى هذه الآية مطلق. وقوله تعالى: ﴿قل لا أجد فيما أوحى إلى محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير﴾ [الأنعام:١٤٥]. فلفظ الدم فى هذه الآية مقيد، والحكم فى الآيتين متحد وهو التحريم، والسبب متحد وهو أكل الدم .

أما إذا اختلف النصان فى الحكم أو السبب، فلا يحمل المطلق على المقيد، بل يعمل بكل نص فى الحالة التى وضع لها؛ لأن اختلاف الحكم أو السبب هو علة الإطلاق والتقييد، مثل قوله تعالى : ﴿ومن قَتَل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله﴾ [النساء:٩٢]. وقوله: ﴿والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا﴾ [المجادلة:٣]. فالحكم واحد وهو تحرير الرقبة والسبب مختلف؛ لأنه فى الأولى القتل، وفى الثانية المظاهرة. فاختلاف السبب ترتب عليه تقييد الرقبة بالإيمان، أى بأن يكون صاحبها مؤمنا تشديدا للعقوبة، ولم تقيد الرقبة بشىء فى حالة المظاهرة؛ لأن الفعل لا يقتضى التشديد فيكتفى فيها بعتق أى رقبة .

[الصدر] تعليق "رقم-١٧٨-": إذا كان المتكلم مريدا لإفهام مراده ولم يكن يريد إجماله أو إهمال بعض تفاصيله .

[الشاوى] رأينا فى "تعليق-١٧٨-": مجرد تحفظ على عبارة الأصل .

<عوده> ١٦٨ ـ *صيغة الأمر*: إذا ورد اللفظ الخاص فى صيغة الأمر أو فى صيغة الخبر التى تعنى الأمر، فإن اللفظ يفيد الإيجاب أى الإلزام بفعل المأمور به أو المخبر عنه، كقوله تعالى: ﴿فاقطعوا أيديهما﴾ [المائدة:٣٨]. وقوله: ﴿والمطلقات يتربصن﴾ [البقرة: ٢٢٨] . فالأول يوجب قطع يد السارق، والثانى يوجب تربص المطلقة ثلاثة قروء .

ولكن إذا وجدت قرينة تصرف صيغة الأمر عن الإيجاب، أخذ بما تدل عليه هذه القرينة، كقوله تعالى: ﴿كلوا واشربوا﴾ [البقرة: ٦٠]، فإنه للإباحة. وقوله: ﴿إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه[البقرة:٢٨٢]﴾، فإنه للندب. وكالتهديد فى قوله: ﴿اعملوا ما شئتم﴾ [فصلت:٤٠]. وكالتعجيز فى قوله: ﴿فأتوا بسورة من مثله﴾[البقرة:٢٣]، وغير ذلك، مما تدل عليه صيغة الأمر بالقرائن، فإذا لم توجد قرينة فالأمر للإيجاب .

١٦٨م ـ *صيغة النهى* : **إذا** ورد اللفظ الخاص بصيغة النهى أو صيغة الخبر التى فى معنى النهى، أفاد التحريم، أى طلب الكف عن فعل المنهى عنه على وجه الإلزام، كقوله تعالى: ﴿ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق﴾ [الإسراء: ٣١]. وقوله: ﴿ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر﴾ [البقرة: ٢١٧].

وإذا وجدت قرينة تصرف صيغة النهى عن معناها إلى معنى، آخر أخذ بالمعنى الذى دلت عليه القرينة، مثل قوله تعالى: ﴿ربنا لا تزغ قلوبنا﴾ [آل عمران: ٨]، فهو للدعاء . وقوله : ﴿لا تسألوا عن أشياء إن تبد لكم تسؤكم﴾ [المائدة:١٠١]، فهو للكراهة .

166 – 168 – صيغة التخصيص :

إشارته إلى أقوال فقهائنا بشأن الصيغ المتعددة للفظ الخاص تنتهى كلها بتوسيع مجال الاجتهاد أمام الفقهاء والمفسرين كلما وجد دليل أو قرينة تصرف الصيغة عن ظاهرها من الإطلاق – كما فى الأمثلة التى ذكرها .

ويسرنا أنه أشار إلى دور القرائن فى صرف صيغة الأمر عن "الإيجاب"، ولذلك فإننا نرى أن ما أشار إليه من أمثلة النصوص الموجبة للحد – مثل قطع اليد فى السرقة – فيه تجوز، لأن الشارع الحكيم قرر مبدأ درء الحدود بالشبهات؛ فكلما وجدت شبهة امتنع الوجوب. والشبهة تثبت بالقرائن ... ولايجوز حصرها .

والأمثلة التى ذكرها عن النصوص التى وجدت قرائن تصرف صيغة الأمر الواردة فى القرآن الكريم إلى مجرد الإباحة – أو الندب – أو التهديد – أو التعجيز .... تجعلنا نَعُدّ أن القرائن تكفى لصرف الأمر عن الوجوب فى جميع الحالات كلما وجدت، أى أن الاستثناءات التى ذكرها لا محل لها فى نظرنا .

وما يقال عن الأمر يقال أيضا عن صيغة النهى، التى تفيد التحريم والتجريم إذا عدّدْنا النهى موجبا للعقاب. أما إذا كان المقصود مجرد التهديد بالمسئولية الدينية أمام الله يوم القيامة، فلا يحتاج إلى أن نصرفه عن التحريم .

الفرع الثانى
فى القواعد التشريعية التى تراعى عند التفسير

عوده ١٦٩ـ *ماهية القواعد التشريعية* : وضع علماء الأصول بعض القواعد التشريعية، التى يجب الإلمام بها ومراعاتها على كل من يتعرض لتفسير النصوص التشريعية. وقد استمدوا هذه القواعد من استقراء الأحكام التى جاءت بها النصوص وعلل هذه الأحكام، ومن المبادئ العامة للشريعة وروح التشريع، حيث تبين لهم أن الشارع أراد من الشريعة أن يحقق مقاصد عامة، وأن بعض النصوص شرعت لحماية حقوق الجماعة، والبعض شرع لحماية حقوق الأفراد (التى يهم الجماعة حمايتها)، والبعض شرع لحماية حقوق الجماعة وحقوق الأفراد معا. فإذا راعى القاضى-١٧٩- أو الفقيه هذه الاعتبارات، كان له أن يجتهد فى معرفة الأحكام ما لم يكن هناك نص صريح.

١٧٠ـ *مقاصد الشارع العامة من التشريع الإسلامى* : لم يضع الشارع الأحكام الشرعية اعتباطا، وإنما قصد بها تحقيق مقاصد عامة. ولا يمكن أن تفهم النصوص على حقيقتها إلا إذا عرف مقصد الشارع من وضعها، لأن دلالة الألفاظ والعبارات على المعانى قد تحتمل أكثر من وجه، والذى يرجح واحدا من هذه الوجوه على غيره هو الوقوف على قصد الشارع. وقد تتعارض النصوص بعضها مع بعض، فلا يرفع هذا التعارض ولا يوفق بينها إلا معرفة ما قصده الشارع منها. فيجب إذن على كل باحث فى التشريع الإسلامى أن يلم قبل كل شىء بمقاصد الشارع من التشريع، وأن يعرف الوقائع التى نزلت من أجلها نصوص القرآن، أو وردت فيها السنة لتساعده على فهم النص، وأسباب النزول والورود مبينة فى كتب التفسير والسنة .

وقد حصر علماء الأصول مقاصد الشارع العامة من التشريع فى ثلاثة مقاصد :

١٧١ ـ *المقصد الأول* : وهو حفظ كل ضرورى للناس فى حياتهم. والأمر الضرورى هو ما تقوم عليه حياة الناس ولابد منه لاستقامة مصالحهم، وإذا فقد اختل نظام حياتهم وعمت فيهم الفوضى وانتشر الفساد .

الصدر | تعليق "رقم-١٧٩-": ليس للقاضى أن يراعى هذه الأمور إذا لم يكن مجتهدا فقيها.

الشاوى | رأينا فى "تعليق-١٧٩-": يشير السيد الصدر إلى رأيهم فى وجوب التزام القاضى غير المجتهد بما يقرره المجتهدون. ولكن ذلك لا يعنى القول بحرمان غير المجتهدين عموما من تفسير النصوص ماداموا يلتزمون بتطبيقها.. لأنه لا يمكن إلزام المكلف بتطبيق النص مع حرمانه من فهمه وتفسيره ...

﴿عوده﴾ والأمور الضرورية ترجع إلى خمسة أشياء : (١) الدين. (٢) النفس. (٣) العقل. (٤) النسل. (٥) المال. وقد شرع الإسلام لكل واحد من هذه الضروريات الخمس أحكاما تكفل إيجاده وإقامته-١٨٠-، وأحكاما تكفل حفظه وصيانته، فكل حكم يكفل إقامة هذه الأمور الخمسة أو حفظها هو حكم ضرورى .

١٧٢ ـ *المقصد الثانى* : توفير ما هو حاجى للناس . والأمر الحاجى هو ما يحتاج إليه الناس للتيسير واحتمال مشاق التكليف وأعباء الحياة، وإذا فقد لا يختل نظام حياتهم ولا تعم الفوضى ولكن يناهم الحرج والمشقة . فالأمور الحاجية بهذا المعنى تشمل كل ما يرفع الحرج، ويخفف مشاق التكليف، وييسر طرق التعامل .

١٧٣ ـ *المقصد الثالث* : تحقيق ما فيه تحسين لحال الأفراد والجماعة . والأمر التحسينى هو ما تقتضيه المروءة والآداب وسير الأمور على أحسن منهاج، وإذا فقد لايختل نظام حياتهم كما إذا فقد الأمر الضرورى، ولا ينالهم حرج كما إذا فقد الأمر الحاجى، ولكن تكون حالهم مستنكرة فى تقدير العقول الراجحة والفطر السليمة .

والأمور التحسينية بهذا المعنى ترجع إلى مكارم الأخلاق ومحاسن العادات وكل مايقصد به سير الناس فى حياتهم على أفضل الطرق وخير المناهج .

١٧٤ ـ *ترتيب المقاصد العامة من التشريع* : الضروريات هى أهم المقاصد؛ إذ يترتب على فقدها اختلال النظام والأمن وشيوع الفوضى . وتليها فى الأهمية الحاجيات؛ لأنه يترتب على فقدها وقوع الأفراد والجماعة فى الحرج والعسر وتحميلهم المشقات . وتليها التحسينية، وفقدها لا يترتب عليه تقويض النظام، ولا اختلال الأمن، ولا وقوع الناس فى الحرج، وإنما يترتب على فقدها الخروج على ما تستحسنه العقول، والبعد عن الكمال الإنسانى . ومن ثم كانت الأحكام التى شرعت لحفظ الضروريات أحق الأحكام بالمراعاة، ثم تليها التى شرعت بتوفير الحاجيات، وهكذا .

[الصدر] تعليق "رقم-١٨٠-": وهذه الأحكام كلها من الدين، لأن الدين هو الطريق الذى سنه لله لخلقه وأمرهم باتباعه فى جميع أحوالهم وشؤونهم، فهو شامل لأحكام جميع الأمور الضرورية وغيرها وشامل لأحكام ما هو حاجى للناس ولأحكام ما فيه تسهيل لحال الأفراد والجماعة .

[الشاوى] رأينا فى "تعليق-١٨٠-": لا نجارى السيد الصدر فى اعتراضه على قول فقيهنا: إن الأحكام المتعلقة بالضروريات الخمس التى ذكرها - تُعَدّ أصولا شرعية، لها أهمية تتجاوز الأحكام الفرعية المتعلقة بالحاجات والتحسينات ...

وحجته أن الدين شامل لكل ذلك لا تعنى أن تكون جميع الأحكام فى مستوى واحد من الأهمية ولا القول بأنه لا تفاوت أو ترتيب فيما بينها ...

عوده ومن المقرر أن لا يراعى حكم تحسينى إذا كان من مراعاته إخلال بحكم حاجى، ولا يراعى حكم حاجى إذا كان فى مراعاته إخلال بحكم ضرورى-١٨١-. ولذا أبيح كشف العورة إذا اقتضى هذا علاجا أو جراحة؛ لأن ستر العورة أمر تحسينى، والعلاج أمر ضرورى . وأبيح تناول النجس للتداوى وفى حالة الضرورة؛ لأن المنع من النجاسات تحسينى، والتداوى ودفع الضرورة أمر ضرورى.

وتجب الفرائض والواجبات على المكلفين ولو شق عليهم ذلك-١٨٢-، لأن الفرائض والواجبات من الضروريات، ورفع المشقة والحرج أمر تحسينى، فلا يراعى التحسينى إذا مس الضرورى .

والأحكام الضرورية لا يجوز الإخلال بها إلا إذا كانت مراعاتها تؤدى إلى الإخلال بضرورى أكثر أهمية. فالجهاد واجب لحفظ الدين؛ لأن حفظ الدين أهم من حفظ النفس، وشرب الخمر يباح لمن أكره على شربها أو اضطر إليه؛ لأن حفظ النفس أهم من حفظ العقل. وإذا كانت وقاية النفس من الهلاك فى إتلاف مال الغير، كان للإنسان أن يقى نفسه من الهلاك ويتلف مال غيره؛ لأن حفظ النفس أهم من حفظ المال-١٨٣-.

الصدر تعليق "رقم-١٨١-": لما كان الحكم الحاجى إنما شُرِّع لما يحتاج إليه الناس للتيسير واحتمال مشاق الحياة، فلا يعقل أن يخل بحكم ضرورى .

الصدر تعليق "رقم-١٨٢-": الأحكام الشرعية ضرورية وغير ضرورية على نوعين: نوع يلزم منه الحرج على غالب الناس كالجهاد والحقوق المالية، ونوع لا يكون حرجيا على المكلف كالصلاة مثلا، وهذا النوع يرتفع عن المكلفين إذا صار حرجيا عليهم لقوله سبحانه وتعالى: ﴿ وما جعل عليكم فى الدين من حرج﴾[الحج : ٧٨]. فإن معنى هذه الآية المباركة أن أى حكم يكون حرجيا يرفعه الله عن الأمة ولا يكلفهم به، ويكون هذا الدليل باصطلاح علماء الأصول حاكما على جميع الأدلة ومخصصا لها بصورة عدم الحرج. أما الأحكام التى يلزم منها الحرج على نوع المكلف كالجهاد والحقوق المالية فلا ترفع بهذه الآية المباركة إلا إذا لزم منها حرج أكثر من الحرج الملازم لها.

الصدر تعليق "رقم-١٨٣-": فيباح له إتلاف مال الغير، ولكن يكون ضامنا له، لأن لمال الغير حكمين: أولهما : حرمة التصرف فيه، وثانيهما : ضمانه لو تصرف فيه وأتلفه.

فإذا توقف حفظ النفس على إتلاف مال الغير، فإنه يباح له التصرف تكليفا وترتفع حرمة التصرف فى مال الغير، ولا يرتفع الحكم بالضمان بل يحكم بضمانه لعموم ما دل على ضمان من أتلف مال الغير سواء جاز له الإتلاف أو حرم عليه .

الشاوى رأينا فى "التعليقات-١٨١-،-١٨٢-،-١٨٣-": ما يقوله السيد الصدر يؤكد نقدنا لما قاله فى التعليق رقم،-١٨٠- ويؤيد ما ذهب إليه فقيهنا فى الأصل من أن هناك تفاوتا يوجب إعطاء الأولوية لما يتصل بالضروريات .

ومع ذلك نؤيد قوله بوجوب الضمان فى حالة إتلاف مال الغير لحفظ النفس – لأن الضرورات إنما تقدر بقدرها؛ فإذا استلزمت الضرورة إتلاف مال الغير فإنها لا تستلزم عدم التعويض عنه لصاحبه.

ما يسميه القواعد التشريعية فى التفسير هى ضوابط استنباط الحكم من نصوص المصادر الإلهية عن طريق تفسيرها وفهم مقاصدها – ونحن نَعُدّ أن التفسير هو مدخل الاجتهاد، بل هو أولى مراحله وأوسع مجالاته فى نظرنا .

إننا نَعُدّ هذا البحث إشارة البدء فى مرحلة جديدة من مراحل الاجتهاد فى الفقه؛ تتميز بما نسميه "التنظير"، أى محاولة بناء نظريات عامة على أساس المبادئ التى قررتها النصوص القرآنية؛ فلا يجوز بعد الآن الاكتفاء بالنظر إلى هذه النصوص على أنها مصدر لأحكام فرعية، بل لابد من أن تكون مفتاحا لاستنباط المقاصد العليا للشريعة لتكون نواة لنظريات عامة، وتستنبت منها أشجار باسقة ثابتة الأصول القرآنية، نامية "الفروع" والأزهار والثمار من الأحكام التى تمثل محصولات دورية فى كل مرحلة من مراحل الحصاد التى توفر للمجتمع حاجاته المتجددة يواجه بها ما يستجد له من قضايا ومشكلات تختلف باختلاف الزمان والمكان وتزداد وتتضاعف بمرور العصور .

إننا نرى أن الاجتهاد هو صورة من صور التفسير الواسع للنصوص، وأن التفسير هو تعبير أولى عن أولى درجات الاجتهاد، وبذلك يستبعد ذلك الحاجز الوهمى بين علم التفسير وعلم الفقه؛ إذ تقوم النظريات العامة على أصول مستمدة من تفسير النصوص لنستبط منها مبادئ ونظريات عامة تمدنا بالفروع التى تكوّن الفقه .

إن القواعد اللغوية التى توسع فى عرضها فيما سبق، أعدتنا لما يقدمه هنا مما يسميه "قواعد تشريعية" ....

وكما نرى، فإنه يقصد بذلك ما تعارف عليه فقهاؤنا من أن فهم النصوص لا يكفى فيه الرجوع لألفاظها ومعانيها اللغوية، بل يجب استقراء الأحكام لمعرفة "عللها" والمبادئ العامة للشريعة وروح التشريع التى تقوم على أساسها "النظريات العامة" التى تحقق "مقاصد" التشريع .

* * *

۞ نطاق الضروريات والحاجيات يختلف حسب ظروف الزمان والمكان :

وقد سبق أن قلنا إننا لا نقر القول بأن بعض النصوص شرعت لحماية حقوق الجماعة – لأننا نرى أن جميع النصوص لمصلحة المجتمع – ووجود نصوص تمس حقوق الأفراد أو تحميها فلا يعنى ذلك أنها خاصة بالأفراد، بل يكون لها وظيفة مزدوجة لمصلحة الجماعة والأفراد أيضا، وفى هذه الحالة كان يكفى فى نظرنا قوله إن جميع النصوص (لا بعضها فقط) شرعت لمصلحة الجماعة وحقوق الأفراد معا، كل ما هنالك أنه يوجد تفاوت فيما يتعلق بمصالح الأفراد التى تحميها النصوص .

وما أورده عن "مقاصد الشارع الحكيم" يؤيد ما نقوله – لأن جميع هذه المقاصد الخمسة تهم الأفراد وتهم المجتمع بالدرجة الأولى – لأن المجتمع يهمه دائما صيانة حقوق أفراده وحمايتها – وانتماء الأفراد للمجتمع سببه ذلك .

والترتيب فى الأولوية بين "الضرورات" والحاجيات والتحسينات يجب أن يضاف إليه أن نطاق كل من هذه الأقسام الثلاثة ليس له حدود ثابتة بل إن حدوده متطورة بتطور المجتمعات، فقد أصبح كثير من الحاجات ضرورية فى عصرنا الحاضر ... وكذلك بعض التحسينيات قد ارتفع إلى مستوى الحاجيات .

مثال ذلك أن العلم والتعلم كان ضروريا فيما مضى لكل فرد لمعرفة الحلال والحرام والعبادات والعقائد – لكنه الآن أصبح ضروريا لكل مجتمع لكى يستطيع أن يبنى اقتصاده ودفاعه عن حدوده واستقلاله وعن حقوق مواطنيه ... ولذلك فإن نطاقة قد اتسع أكثر من ذى قبل – وكذلك تمهيد الطرق ووسائل الاتصالات الهاتفية والبرقية ووسائل الاعلام ... وهكذا ..

* * *

وكما قلنا من قبل، فإن بناء النظريات التشريعية والتوسع فيها هو مرحلة متقدمة من التفسير والاجتهاد – وتزداد أهميته فى عصرنا وفى المستقبل – وخاصة فى نطاق التعازير.

مثال ذلك أنه فيما مضى كان النص على عقوبة حدية للسارق والسارقة يُعَدّ حكما خاصا بجريمة السرقة التى أفاض فقهاؤنا فى شروطها وعقوبتها، ويجب علينا الآن أن نبنى على أساسه نظرية شاملة للتعزير على جميع ألوان الاعتداء على الأموال – التى تسمى الآن جرائم الأموال – ويدخل فيها النصب وخيانة الأمانة واختلاس المال العام وجرائم الحريق والإتلاف – لأن النص إنما هو أساس مبدإ عام هو حرمة أموال الناس كما أن عقوبات القصاص أساس حرمة الدماء وسلامة الأبدان .

﴿عوده﴾ ١٧٥ ـ حقوق الجماعة وحقوق الأفراد : أفعال المكلفين سواء كانت جرائم أو لم تكن، بعضها حق خالص لله، أو حق الله فيه غالب. وبعضها حق خالص للمكلف، أو حق المكلف غالب فيه .

وحين يعبر الفقهاء بما هو حق لله يقصدون ما هو حق للجماعة، وما قصد به تحقيق مصلحتها وحفظ النظام العام فيها، وقد جعلوه حقا لله، لأنه لم يقصد به نفع فرد معين، وليس للأفراد حكاما أو محكومين حق إسقاطه أو العفو عنه أو إهمال إقامته .

ويعد من حقوق الله الخالصة أى من حقوق الجماعة العبادات، كالصلاة والصيام والزكاة وغيرها؛ لأن المقصود بها إقامة الدين، والدين فى التشريع الإسلامى هو أساس نظام الجماعة العام، فكل ما يمس نظام الجماعة العام من عبادات أو غيرها هو حق خالص لله .

ويعد من حقوق الله الخالصة، أى: من حقوق الجماعة، الضرائب والعقوبات على الجرائم الماسة بالجماعة، كالزنا والسرقة والحرابة، والعقوبات التعبدية كالكفارة وغير ذلك مما يمس حقوق الجماعة ويؤثر على أمنها ونظامها وتماسكها وقوتها .

وهناك أفعال تمس حقوق الأفراد ولكن حق الجماعة غالب عليها، كحد القذف؛ لأن الجريمة تمس الأعراض، ففى العقوبة عليها مصلحة خاصة للمقذوف كما أن فى عدم التبليغ عنها مصلحة خاصة له أيضا؛ لأن للقاذف أن يثبت صحة القذف، وإثبات ذلك قد يؤدى إلى إقامة حد الزنا على المقذوف. ولما كانت الجريمة تمس الأعراض، وتؤدى إلى التنابز والتعادى،وتشويه السمعة، وتلويث الأمهات والأولاد، والتشكيك فى نظام الأسرة، جعل الحد حقًا لله، وغلب حق الله على حق المقذوف بحيث إذا أثبتت الجريمة فليس للمقذوف أن يتنازل أو يعفو، وإن كان له أن يبلغ عن الجريمة .

وهناك أفعال تمس حقوق الجماعة ولكن حق الفرد غالب فيها، مثل القتل، فإنه يمس أمن الجماعة ونظامها، ويمس الأفراد مساسا مباشرا، والعقوبة عليه وضعت لحفظ مصالح الجماعة والأفراد، ولكن أعطى للفرد حق العفو عن عقوبة القصاص أو عقوبة الدية، فغلب بذلك حق الفرد على حق الجماعة[١] .

والأفعال التى تمس حقوق الأفراد الخالصة هى التى تمس حقوقا ترك للأفراد أن يستوفوها أو يتركوها، كتحصيل الدين، وحبس العين المرهونة، والمطالبة بالتعويض المترتب على فعل الجانى.

---

(١) راجع الفقرتين ٣٨١، ٤٧١ .

‹عوده› ومع أن الفقهاء يقسمون الحقوق إلى حقوق لله وحقوق للأفراد إلا أن الكثيرين منهم يرون بحق، أن كل ما يمس حق الجماعة الخالص أو حق الأفراد الخالص يعد حقا لله تعالى أى من حقوق الجماعة ونظامها، لأن كل حكم شرعى إنما شرع ليمتثل ويتبع،ومن حق الله على عباده أن يمتثلوا أوامره، ويجتنبوا نواهيه. ويعملوا بشريعته فكل حكم إذن فيه حق لله من هذه الوجهة. وإذا قيل إن حكما ما يرتب حقا مجردا للفرد ففى ذلك كثير من التجاوز، ولا يُعَدّ هذا القول صحيحا على إطلاقه، وإنما يصح على تغليب حق العبد فى الأمور الشخصية، كذلك فإن ما يُعَدّ حقا خالصا لله يمس دون شك مصالح الأفراد إما عاجلا أو آجلا، لأن الشريعة إنما وضعت لتحقيق مصلحة العباد.

❁ 175 – حقوق الأفراد هي حق للجماعة دائما :

يكفينا ما انتهى إليه فى هذا البند من أن الكثيرين من فقهائنا يرون "أن كل ما يمس حق الجماعة الخالص أو حق الأفراد الخالص يعد حقا لله تعالى، أيضا". وهذا يؤيد ما قدمناه من أن جميع الأحكام الجنائية مقررة لحماية حق الجماعة؛ وأننا لا نقر ما أشار إليه عندما قال: "إن بعض العقوبات مقررة لصالح الأفراد" إلا إذا قصد بذلك أن طلب تشديد العقوبة (لتكون قصاصا) أو التنازل عن ذلك مقرر لإطفاء جذوة الانتقام الفطرية لدى الأفراد – ومع ذلك فإن ذلك فى ذاته لصالح أمن الجماعة واستقرارها وليس فقط لصالح المجنى عليه أو ولى الدم .

رأينا أن حق الله ثابت فى كل حكم تشريعى – وإذا وجدت حقوق خاصة للجماعة أو للفرد – فهى تضاف إلى حق الله–ولا تنفى وجوده بل ولا تغلب عليه فى نظرنا .

إن حق الجماعة هو مقصد كل حكم شرعى – وبخاصة الأحكام الجنائية – وإذا وجدت مصلحة معينة لفرد معين أو حق له فذلك لا ينفى حق الجماعة فى الجزاء الجنائى فى جميع الأحوال، ولا يصح القول بأنه يحل محله أو يستبعده ولا أنه يغلب عليه .

إن تقرير حق العفو أو إسقاط القصاص مثلا للمجنى عليه أو ولى الدم لا يعنى أنه يحل محل الجماعة فى حقوقها التى تستوجب فرض الجزاء عن الجريمة تعزيرا له – وكل ما هنالك أنه أعطى حقا خاصا به إلى جانب الحق الأصلى والأساسى للجماعة فى "التعزير".

هذا كله فى نطاق التشريع الجنائى؛ فكل أحكامه تقرر حقا لله وحقا للجماعة فى الجزاء الجنائى تعزيرا. هذا هو المبدأ العام. ويضاف إليه أن بعض الأفعال ينشأ عنها إلى جانب ذلك حق إضافى واستثنائى لفرد معين، فى تشديد العقوبة أو إجراء معين أو تصرف معين قررته الجماعة لأنه فى نظرها ضرورى لمصلحتها وأمنها واستقرراها وإن كان فى نفس الوقت لمصلحة أحد أفرادها الذين ترى إرضاءهم لمصلحتها هى، ولمصلحته كذلك .

سنعود لذلك بالتفصيل عند بيان أن "التعزير" هو الجزاء العام لكل الجرائم، وهو حق لله وحق للجماعة. أما القصاص أو الدية، فهما عقوبتان مشددتان متوقفتان على طلب المجنى عليه أو ولى الدم، لكن هذا التشديد يسقط إذا تنازل عنه من قرر لمصلحته ولا يعنى ذلك سقوط "العقوبة" أو الجزاء الجنائى بل يصبح تعزيرا فى النطاق الذى رسمه الشارع للتعازير، ويؤكد ذلك ما ذكره فى نهاية البند –١٧٥– (ص ب/٢٢٥) فنستلفت نظر القارئ له.

(عوده) ١٧٦ـ *الاجتهاد*: الاجتهاد-١٨٤- فى الاصطلاح هو بذل الجهد للوصول إلى معرفة حكم شرعى، من دليل تفصيلى، من الأدلة التى يضعها الشارع للدلالة على الأحكام.

والقاعدة أنه إذا كان النص صريحا قطعى الورود والدلالة فلا مجال للاجتهاد فيه، ويجب تطبيقه بحالته؛ لأنه قطعى الورود، أى: لا شك فى وروده عن الله أو الرسول فليس وروده محل بحث. ولأنه قطعى الدلالة فليس معناه محل بحث. ومن هذا آيات الأحكام المفسرة والمحكمة مثل قوله تعالى : ﴿الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾ [النور :٢]. فلا مجال للاجتهاد-١٨٥- فى معاقبة الزانى بالجلد،

(الصدر) تعليق "رقم-١٨٤-": كثر تعريف الاجتهاد فى لسان فقهاء المذهب الجعفرى. وأقدم تعريف له ما ذكره المحقق الحلى فى كتاب المعارج، فقد عرفه بأنه بذل الجهد فى استخراج الأحكام الشرعية . وأحدث تعريف له ما ذكره أستاذنا الإمام أبو القاسم الخوئى فى بحثه فى النجف الأشرف بأنه ملكة تحصيل الحجج، والوظائف العملية شرعية أو عقلية . وهذا أرجح من التعريف الذى ذكره المؤلف لأن عملية الاجتهاد غير منحصرة فى استخراج الحكم الشرعى بل هو شامل لمعرفة ما يجب عمله على المكلف حال عدم وجود الدليل الشرعى وما الذى يحكم به الأصل العملى الشرعى أو العقلى فى ذلك الحال، كما أن عمل المجتهد هو تحصيل الحجج الشرعية سواء أوجبت معرفة الحكم الشرعى وأصبحت سببا للعلم به أم لم تكن كذلك، فلذا لم يأخذ أستاذنا السيد الخوئى قيد المعرفة فى تعريف الاجتهاد .

(الشاوى) رأينا فى "التعليقات-١٨٤-، -١٨٥-، -١٨٦-": نؤيد اتجاه الجعفرية إلى التوسع فى مفهوم الاجتهاد على النحو الذى أشار إليه بدلا مما ذكره فقيهنا من الإشارة إلى "الدليل التفصيلى"، ولا إلى "النص الشرعى" .. لذلك نؤيد اعتراضات السيد الصدر وحججه فى هذه التعليقات، ونرى أن الاجتهاد واجب فى جميع الأحوال ولتطبيق جميع النصوص بلا استثناء.

(الصدر) تعليق "رقم-١٨٥-": إن الآية المباركة وإن كانت صريحة فى معاقبة الزانى بالجلد وفى عدد الجلدات إلا أن للاجتهاد فيها مجالا . أما أولا ففى تحقيق الموضوع وهل هو مطلق الزانى والزانية أو بعض أفرادهما، وهذا متوقف على معرفة المراد من اللفظ الموضوع للطبيعة وهل يحمل على جميع الأفراد ما لم يقيد أو لا يحمل على الجميع إلا مع قرينة تشهد بذلك. وعلى القول بلزوم الحمل الموضوع للطبيعة على جميع الأفراد فينبغى الفحص فى أنه هل للآية المباركة مقيد أم هى باقية على شمولها وعلى القول بعدم دلالة اللفظ الموضوع للطبيعة على الشمول إلا مع قرينة تثبت إرادة الشمول منه ينبغى الفحص فى أنه هل هناك قرينة تشهد على العموم أولا قرينة هناك، وأن القرينة العامة التى ذكرها العلماء وأسموها بمقدمات الحكمة هل هى تامة أم ليست بتامة وما الذى يترتب على تماميتها . =

عوده ولا فى عدد الجلدات، وكذلك-١٨٦- لا اجتهاد فى كل العقوبات المقدرة. ومثل الآيات القرآنية المفسرة أو المحكمة السنن المتواترة المفسرة .

أما إذا كان النص ظنى الورود أو الدلالة، فهو محل للاجتهاد، وللمجتهد أن يبحث فى الدليل من حيث سنده وطريق وصوله إلينا، ومن حيث دلالته على معناه .

ومجال الاجتهاد واسع فى ما لا نص فيه. فالمجتهد يبحث الواقعة التى لا نص فيها ليصل لمعرفة حكمها عن طريق القياس-١٨٧-، أو الاستحسان، أو الاستصحاب، أو العرف،

= وأما ثانيا فينبغى النظر فى أن ما دل على لزوم رجم بعض الزناة هل يكون مقيدا لهذه الآية المباركة أو لا يكون مقيدا لها بل يحكم باجتماع العقابين. وأما ثالثا فينبغى البحث فى أن الحكم بالرجم هل هو على نحو الوجوب أو الاستحباب، وهذا متوقف على معرفة معنى صيغة افعل، وهل تدل على الوجوب إلا مع القرينة على الوجوب وعلى تقدير دلالته على الوجوب إلا مع القرينة فيبحث المجتهد عن وجود القرينة الدالة على عدم الوجوب كما يبحث على القول بعدم دلالته على الوجوب إلا مع قرينة فى أنه هل هناك قرينة تدل على الوجوب ليحكم بالوجوب مع وجودها وبعدم الوجوب مع عدم القرينة.

الشاوى رأينا فى "تعليق-١٨٥-": نؤيد اعتراض السيد الصدر .

الصدر تعليق "رقم-١٨٦-": لا يستغنى شيء منها عن الاجتهاد، كما يظهر ذلك فى التعليقة السابقة وكذلك السنن المتواترة مع عدم القرينة .

الشاوى رأينا فى "تعليق-١٨٦-": نؤيد قوله من أنه لا يمكن الاستغناء عن الاجتهاد بحال من الأحوال، فى أى ظرف من الظروف، لكن هناك تفاوتا فى درجاته.

كما أننا نؤيد عدم التفرقة بين أساليب الاجتهاد سواء وصفت بأنها قياس أو استحسان أو استصحاب أو عرف أو مصالح مرسلة ... فكلها صور من الاجتهاد أو أدوات له .

الصدر تعليق "رقم-١٨٧-": لا يعتمد فقهاء المذهب الجعفرى على جميع الطرق التى ذكرها المؤلف عدا الاستصحاب .

أما القياس فقد مر الكلام فيه كما مر الكلام فى العرف وأنه ليس طريقا لمعرفة الحكم الشرعى وإنما يرجع إليه فى فهم ألفاظ الكتاب والسنة .

أما الاستحسان فإن كان المراد منه ما عناه البزدوى من الاستحسان من أنه العدول عن موجب قياس إلى قياس أقوى منه أو هو تخصيص قياس بدليل أقوى، فلا يعتمد عليه فقهاء المذهب الجعفرى لعدم اعتمادهم على القياس، وليس هو من الأدلة بنظرهم ليحتاج إلى تخصيص أو تقييد. والاستحسان على التعريف الأول من أفراد القياس، وعلى الفرض الثانى مخصص له. وإن كان المراد من الاستحسان ما ذكره الشاطبى من المالكية من أنه العمل بأقوى=

 أو المصالح المرسلة، وهذا ممكن فى المسائل المدنية والشخصية، وفى الإجراءات

= الدليلين، أو ما ذكره الطوفى من الحنابلة من أنه العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل شرعى خاص، فهو وإن كان مما يقول به الشيعة الجعفرية لأنهم يعملون بأقوى الدليلين ويعدلون بالمسألة عن نظائرها لدليل خاص من كتاب أو سنة، إلا أنه لا مجال له فى محل الكلام، لأن المؤلف فرضه مرجعا فيما لا نص فيه والنص هو الدليل . وإن كان المراد منه ما عرفه به ابن قدامه ثانيا بعد أن عرفه أولا بما يرجع إلى ما نقلناه عن الطوفى من أنه ما يستحسنه المجتهد بعقله، وما عرفه به ثالثا من أنه دليل ينقدح فى نفس المجتهد لا يقدر على التعبير عنه، فيرد عليه بأنه لا دليل على حجية ما يستحسنه المجتهد بعقله وليس من الأدلة الشرعية عقل المجتهد.

كما لا يصح للمجتهد أن يدخل عقله فى معرفة الأحكام الشرعية، وإنما عليه أن يأخذها من الحجج الشرعية، ويا ليت شعرى كيف يكون للمجتهد دليل لا يتمكن من التعبير عنه، وأى دليل هذا وكيف تثبت حجيته ؟!

وأما إن كان المراد بالاستحسان ما ورد عن السرخسى فى مبسوطه من تعريفه من أنه ترك القياس والأخذ بما هو أوفق للناس، أو أنه طلب السهولة فى الأحكام بما يبتلى به الخاص والعام، أو أنه الأخذ بالسعة ابتغاء الدعة، أو أنه الأخذ بالسماحة وانتقاء ما فيه الراحة، فلا دليل على حجيته إذ ليس من عمل الفقيه أن يختار ما هو أوفق للناس أو ما فيه السهولة أو السعة أو السماحة أو الراحة، إذ ليس من وظائف المجتهد تشريع الأحكام بل وظيفته استخراجها من أدلتها سواء كانت أوفق للناس وكان فيها السهولة والسعة والسماحة والراحة أو لم تكن كذلك.

وقد استدل على الاستحسان بوجوه لا تنهض دليلا على حجيته بالمعنى الذى أنكرناه، ولقد أجاد فى مناقشتها العلامة السيد محمد تقى الحكيم فى كتابه الأصول العامة للفقه المقارن فراجع .

وأما المصالح المرسلة، فإن كانت كما عرفها به بعض الأصوليين بأنها الوصف الملائم لتشريع الحكم الذى يترتب على ربط الحكم به جلب نفع أو دفع ضرر ولم يدل شاهد من الشرع على اعتباره أو إلغائه. انتهى. فإن حجيتها متوقفة على القطع بوجود ملاك الحكم الشرعى الذى صار سببا لجلب النفع ودفع الضرر .

وأما إذا كانت كما عرفها به الأستاذ معروف الدواليبى بقوله: الاستصلاح فى حقيقته هو نوع من الحكم بالرأى المبنى على المصلحة، وذلك فى كل مسألة لم يرد فى الشريعة نص عليها ولم يكن لها فى الشريعة أمثال تقاس بها، وإنما يبنى الحكم فيها على ما فى الشريعة من قواعد عامة.. إلخ . فتكون المصالح المرسلة مأخوذة من الكتاب والسنة، فإن القواعد العامة فى الكتاب والسنة لا ريب فى العمل بها والاعتماد عليها وليست دليلا مستقلا وليست من الحكم بالرأى الذى لا يقول به فقهاء المذهب الجعفرى .

{ب/٢٢٩}

عوده الجنائية، ولكنه غير ممكن فى تقرير الجرائم والعقوبات؛ لأن الجرائم والعقوبات لابد فيها من النص الصريح، ولا يؤخذ فيها بالقياس أو غيره كما ذكرنا قبلا-١٨٨-.

الصدر تعليق "رقم-١٨٨-": حال الجرائم والعقوبات حال غيرها من الأحكام الشرعية لابد فيها من دليل معتبر ولا يشترط فيها الصراحة بل يكتفى فيها بالظهور، ومع عدم الدليل يرجع إلى أصول العلمية المثبتة أو النافية فلا مانع من الرجوع فيها إلى الاستصحاب وبه يحقق موضوع الحد الشرعى، ويمكن أن نمثل له بمثال وهو: لو زنى إنسان ولم نعلم هل هو محصن ليستحق الرجم أو ليس بمحصن ليستحق الجلد، فإن كان سابقا محصنا فنستصحب إحصانه ونقيم عليه الرجم، وإن لم يكن كذلك فنستصحب عدم إحصانه ونقيم عليه الجلد .

وأما القياس، فلا يعتمد عليه فقهاء المذهب الجعفرى فى جميع الأحكام الشرعية .

نعم إذا صار سببا لحصول العلم فإن العلم يعتمد عليه من أى سبب حصل .

وأما الاستحسان، فإن الرأى السائد عند فقهاء المذهب الجعفرى هو عدم الاعتماد عليه كما مر عليك قريبا إلا بناء على تفسيره بما نقل عن الشاطبى من المالكية من أنه العمل بأقوى الدليلين، فإن سيرة فقهاء المذهب الجعفرى وإن كانت العمل بأقوى الدليلين إلا أنه لا يكون دليلا مستقلا .

وأما المصالح المرسلة، فإن كان المراد بها المصالح التى يدركها العقل فإن الاعتماد عليها متوقف على حصول القطع بها فى باب الجرائم والعقوبات وغيرها، كما أنه لا يصح الاعتماد عليها فى جميع أبواب الفقه إذا لم يقطع بها .

وأما إن كان المراد منها القواعد العامة، فمن البديهى أن فقهاء المذهب الجعفرى يعتمدون على كل قاعدة قام عليها دليل شرعى فى باب الجرائم والعقوبات وغيرها .

الشاوى رأينا فى "تعليق-١٨٨-": ما قاله بالتسوية بين الأحكام الجنائية وغيرها لا يمكن قبوله على إطلاقه بالنسبة للعقوبات المقررة بنص شرعى - لأن النصوص الجنائية هى أحكام استثنائية بخلاف الأحكام الشرعية الأخرى، ولذلك لا يجوز التوسع فى تطبيقها بل يجب الالتزام بالتفسير الضيق لها حتى ولو أدى ذلك إلى عدم توقيع العقوبة المقررة على من يحتمل أنه مذنب، لأن العقوبات القضائية أو الدنيوية ليست هى الأصل وأن المعتمد هو العقاب الأخروى الذى يفرضه الله سبحانه وتعالى الذى لا يخفى عليه خافية. وإذا كان بعض الجناة قد يفلتون من القضاء الجنائى فهذا احتمال وارد دائما، لكن الجزاء الأخروى سيكون كافيا فى عقيدتنا القائمة على الإيمان بالحساب والجزاء يوم القيامة. وقد قلنا دائما إن النصوص المقررة للعقوبات الجنائية المقررة (سواء كانت القرآن أو السنة أو التقنين أو كتب الفقه) التى يحكم بها القضاء ذات طابع استثنائى لأن الأصل فى كل إنسان هو البراءة وقد أوجب الله حمل حال الناس على الصلاح، وإفلات مجرم من العقاب القضائى أهون عند الله من إنزال عقوبة على برىء ....

وعلى ذلك فإن كل ما ورد فى هذا التعليق لا نؤيده، مع سرورنا بإشارته إلى أن القواعد العامة فى المسائل الجنائية معتمدة كما فى غيرها من المواد .

176 - الاجتهاد تفسير مباشر أو غير مباشر :

كل ما قاله هنا يؤيد ماقدمناه من قبل، وأقربها ما قلناه من أن الفرق بين التفسير والاجتهاد هو أن الأول قد يتعامل مع النص مباشرة أما الثانى فيتعامل معه من خلال المنابع والمقاصد العليا التى تربط النظرية العامة بالأحكام الفرعية التى تستمد من أصولها .

وفى نظرنا أن الاجتهاد واسع النطاق متعدد الأهداف، ومن بين أهدافه استنباط النظريات العامة والمبادئ الأساسية. ولذلك لا نوافق على القول بأن غرضه دائما هو معرفة حكم شرعى من دليل تفصيلى كما ورد فى المتن .

كذلك لا نوافق على استبعاد ما عبر عنه بالآيات المفسرة أو النصوص المحكمة من نطاق الاجتهاد؛ لأن هذه الآيات يمكن اتخاذها قاعدة لبناء نظريات عامة. وقد أشرنا من قبل إلى أن عدد الجلدات يمكن عَدّه الحد الأقصى للعقوبة التى يمكن أن تصبح تعزيرية وتقل عن ذلك لتصبح تعزيرا إذا وجدت شبهة تسقط الحد.. كما أن النص على عقوبة السرقة يقرر مبدأ عاما ونظرية شاملة لحرمة أموال الناس وعَدِّ كل اعتداء عليها معصية تستحق التعزير مهما تكن صورة العدوان أو طريقته وبخاصة مايستحدث منها فى المستقبل مما لم يواجهه أسلافنا فى الماضى، مثل بعض جرائم التزييف والتزوير واختلاس المال العام وهكذا.

إن القول بأن جميع النصوص الخاصة بالعقوبات المقدرة (حدا أو قصاصا) تخرج عن نطاق الاجتهاد إنما ينتج عن القول بأن هدف الاجتهاد الوحيد كما يقول هو استنباط الأحكام الفرعية مباشرة من دليل تفصيلى. لكنا نعتقد بأن بناء النظريات والمبادئ العامة هو من أهم مهام الاجتهاد فى الحاضر والمستقبل - وفى هذه الحالة فإن جميع النصوص سواء كانت واضحة أو غامضة عامة أو خاصة بجريمة معينة يشملها نظر الفقيه المجتهد ويستفيد منها فى استنباط النظريات وليس الأحكام التفصيلية فقط .

والحق أن ما يقول به هو ما جرى عامة الفقهاء على قوله - فهو لم يفعل إلا أن كرر ما يقولونه من أن هدف الاجتهاد هو استنباط الأحكام الفرعية - ويقصدون بذلك استنباطها بطريق مباشر من نص أو دليل تفصيلى - فى حين أننا قلنا بأننا فى مرحلة التنظير نوجه هم الفقهاء إلى الاستنباط غير المباشر -الذى يكون له مرحلتان:

الأولى : - بناء النظريات واستنباط المبادئ العامة - وفى هذه المرحلة يشمل البحث جميع النصوص دون استثناء ما يُعَدّ من النصوص المحكمة أو الواضحة - لأنها كلها تشير من قريب أو بعيد إلى أصول عامة ونظريات شاملة مثل نظرية حرمة المال أو حرمة النفوس والدماء وسلامة الأبدان، أو نظرية حرمة الأسرار التى بنينا عليها أحكام التفتيش .

الثانية : - هى استنباط الأحكام وبخاصة مايتعلق بالتعازير فى إطار تلك النظريات مع مراعاة ما يقع بين مقتضياتها من تداخل أو تعارض يستلزم جهدا كبيرا لإعمالها معا والتوفيق أو التنسيق بينها والوصول إلى الحكم الشرعى العادل الذى يوفق بين مقتضياتها وبين مقاصد الشريعة الغراء ...

(عوده) ١٧٧- *كلمة ختامية عن قواعد التفسير:* هذه هي القواعد العامة اللغوية والتشريعية التي وضعها الفقهاء للاهتداء بها في تفسير النصوص، على القاضي أن يستعين بها في تفهم النصوص، ومعرفة مراميها، ومايدخل تحتها. كما أن هذه القواعد تعينه على معرفة النص الواجب التطبيق ومدى سلطته في تفسير النص أو إعماله، أو إبطاله. وإذا كان للقاضي-١٨٩- المدني أن يطبق هذه القواعد بتوسع، وأن يجعل للقياس والعرف والعدالة وغير ذلك من الاعتبارات مكانا عند تفسير النص وتطبيقه-١٩٠-، فإن القاضي الجنائي مقيد بأن يحصر اجتهاده في تفسير النص وتطبيقه على الواقعة المعروضة عليه. فليس له أن يخلق جريمة أو عقوبة من طريق القياس أو العرف أو الاستحسان-١٩١-، ولو كانت الواقعة المعروضة عليه مما ينفر منها الخلق الفاضل-١٩٢-. وليس للقاضي الجنائي أن يخالف النص الصريح مهما كانت الظروف والاعتبارات، وعليه أن يراعي في كل الأحوال مبدأين شرعيين أساسيين: أولهما قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "ادرءوا الحدود بالشبهات". وثانيهما: قوله: "إن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة". وسنتكلم عن هذين المبدأين فيما يلي:

(الصدر) تعليق "رقم-١٨٩-": إنما يكون للقاضي تطبيق القواعد وتفسيرها إذا كان مجتهدا .

(الصدر) تعليق "رقم-١٩٠-": لايصح للفقيه الاعتماد على القياس إلا إذا حصل له بواسطة القطع بالمراد من هذه القواعد .

وأما العدالة فإنما هي في تطبيق الأحكام الشرعية كما أمر الشارع .

وأما العرف فيرجع الفقيه إليه في فهم معاني الأدلة اللفظية التي هو حجة فيها .

(الشاوي) رأينا في "التعليقين-١٨٩-، -١٩٠-": سبق أن عرضناه مرارا .

(الصدر) تعليق "رقم-١٩١-": لأن القياس ليس بحجة مطلقا والعرف إنما يكون حجة في فهم الأدلة في خلق جريمة أو عقوبة خاصة، وأما الاستحسان فقد عرفت آنفا عدم اعتماد فقهاء المذهب الجعفري عليه إلا إذا كان بمعنى الاعتماد على أقوى الدليلين، ويكون حينئذ عملية ترجيح لأحد الدليلين على الآخر ولايمكن أن يكون سببا لخلق جريمة أو عقوبة جديدة .

(الصدر) تعليق "رقم-١٩٢-": إلا إذا حصل له القطع بأن الشارع يكره هذه الواقعة فله أن يحكم بحرمتها واستحقاق العقاب عليها .

(الشاوي) رأينا في "التعليقين-١٩١-،-١٩٢-": تحفظاته بالنسبة للقياس أو العرف أو الاستحسان مقبولة وصحيحة في نطاق العقوبات المقررة حدا أو قصاصا. أما في نطاق التعازير فإن للمجتهد مجالا أوسع في التقدير .

❁ 177 – التفسير الضيق مبدأ خاص بالتشريع الجنائي الإسلامي :

إذا كان كل ما قلناه سابقا هو مبادئ عامة لتفسير النصوص فى جميع فروع التشريع، فإننا الآن بصدد مبدإ خاص بنصوص التشريع الجنائى بحسبانه تشريعا استثنائيا لابد أن يحصر تطبيقه فى مجال ضيق لايقبل التوسع – وأول مايتميز به أن القاضى وحده هو الذى له الحق فى تطبيقه.

والتضييق فى نطاق العقوبات الجنائية أمر تفرضه الطبيعة الدينية لشريعتنا؛ التى تعتمد أساسا على تربية الأفراد على الإيمان بالله وبالجزاء الأخروى يوم البعث.

أما تطبيق العقوبات الجنائية فهو أمر تكميلى بل استثنائى وإضافى – وليس هو الأساس فى تهذيب البشر وإصلاحهم؛ لذلك فإن تعطيل تطبيق العقوبات الجنائية على بعض المخطئين أو المنحرفين أو المجرمين الذين لم يستطع القضاء توقيع الجزاء الجنائى عليهم – فلا يظنون أنهم أفلتوا نهائيا من الحساب أو الجزاء؛ فالجزاء الأخروى ثابت ومؤكد وله الفاعلية الكبرى فى ردعهم.

إن العقوبات الجنائية فى مجتمعنا أمر ثانوى استثنائى، لأن شريعتنا تعتمد فى مكافحة الجريمة على "التقوى"، أى خشية الله واتقاء العقاب الزاجر يوم الحساب... بخلاف "القوانين الوضعية"، فليس عندها لمقاومة الجريمة إلا القوانين – بل والقوانين الجنائية ... ولذلك لاتقف عند حد فى فرض تلك العقوبات، بل والمبالغة والإسراف فيها بصورة مخيفة كثيرا تستغلها النظم الاستبدادية.

إن الميزة الكبرى فى شريعتنا هى أنها لاتقوم على أساس الاعتبارات الدنيوية مثل القوانين البشرية التى تُعَدّ أن الضمان الوحيد لنظام الجماعة أو حقوق الأفراد هو سلطان الدولة وما تفرضه من العقوبات الجنائية أو الإجراءات النظامية، ولذلك تنساق الدول فى طريق الإسراف فى فرض العقوبات والقوانين والتدابير الجنائية، وتنساق كثير من النظم فى سياسة البغى والظلم التى تبيح للحكام فى كثير من الأحيان القتل والاغتيال، بل والإبادة الجماعية.

أما شريعتنا السمحاء، فهى تقوم على مقاومة الفساد والانحراف والجرائم أولا بالتربية والتهذيب والأخلاق وعقيدة الجزاء الأخروى والبعث والنشور والحساب أمام الله – أما تطبيق العقوبات الجنائية قضائيا، فهى تدابير محدودة الأثر ومكملة فقط – ولذلك نتائج مهمة مثل مبدإ درء الحدود بالشبهات، وفتح باب التوبة وأثرها فى تخفيف العقوبات أو إسقاطها.

عوده ١٧٨ - *المبدأ الأول : درء الحدود بالشبهات* : القاعدة العامة فى الشريعة أن الحدود تدرأ بالشبهات، والحدود هى العقوبات المقدرة، ويدخل تحت الحدود العقوبات المقدرة لجرائم الحدود، والعقوبات المقدرة لجرائم القصاص والدية، أما العقوبات المقررة لجرائم التعازير فلا تعد حدودا؛لأنها عقوبات غير مقدرة [١].

والأصل فى هذه القاعدة قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "ادرءوا الحدود بالشبهات". فعلى هذا الحديث الذى تلقته الأمة بالقبول، وأجمع عليه فقهاء الأمصار قامت القاعدة. وقد عمل الصحابة بها بعد وفاة الرسول، فروى عن عمر بن الخطاب -١٩٣- أنه قال: لأن أعطل الحدود بالشبهات أحب إلى من أن أقيمها بالشبهات . وروى عن معاذ وعبد الله بن مسعود وعقبة بن عامر أنهم قالوا: إذا اشتبه عليك الحد فادرأه. وليس فى الفقهاء من ينكر قاعدة درء الحدود بالشبهات إلا الظاهريون، فإنهم يرون أن الحد لايحل درؤه بالشبهة، ولايسلمون بصحة ماروى عن الرسول والصحابة[٢].

الصدر تعليق "رقم-١٩٣-": لايعتمد فقهاء المذهب الجعفرى إلا على الروايات المروية عمن يعتقدون بعصمته، وهم النبى(ﷺ) وأهل بيته المعصومون(ع) وإن رويت عن الصحابة مالم تكن متصلة بالنبى (ﷺ).

إن الشيعة الإمامية مع احترامهم للصحابة واعتقادهم أن الصحبة الحقيقية للنبى (ﷺ) من أعظم مايوجب الرفعة والجلال، إلا أنه لم يثبت عندهم عصمة الصحابة بل ولا اجتهادهم وعدالتهم، ولو ثبت اجتهاد بعضهم وعدالته فإنما يكون رأيه حجة على خصوص مقلديه إذ لايمكن لمجتهد أن يستدل برأى مجتهد آخر، فما روى عن عمر بن الخطاب وغيره من الصحابة لايكون دليلا عند فقهاء المذهب الجعفرى .

الشاوى رأينا فى "تعليق-١٩٣-": إنكار السيد الصدر عصمة الصحابة صحيح، ولايستثنى أهل السنة من ذلك آل البيت كما يقول الجعفرية .

أما أن ينكر عدالتهم واجتهاداتهم ففيه غلو لامحل له، ويكفى القول بأنها لاتلزم المجتهدين الآخرين، ولكن من حق كل مسلم أن يقلدهم بل وأن يرجح آراءهم على مايخالفها من أقوال المتأخرين بسبب صحبتهم للرسول لالسبب العصمة التى لا أساس لها فى نظرنا .

---

(١) راجع الفقرات ٥١، ١٠٣، ٤٤٠ .

(٢) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٣٩ .

عوده والآثار الكثيرة المروية عن الرسول والصحابة تؤيد صحة هذه القاعدة-١٩٤-.
من ذلك أنه لما جاء ماعز معترفا بالزنا للرسول، قال عليه السلام : "لعلك قبّلت،

الصدر تعليق "رقم-١٩٤-": المستفاد من الحديث الذى مر علينا قريبا ولبيان صحة تأييد ماسيذكره المؤلف من الآثار لهذه القاعدة، لابد من شرح هذه القاعدة المباركة وذلك بشرح الرواية التى هى الأساس لها على نحو الإجمال، فنقول بعد الاستعانة بالله سبحانه وتعالى: إن المعانى المحتملة للحديث المبارك (تدرأ الحدود بالشبهات) أحد أمور ثلاثة :

أولها : أن يكون المراد أن الفاعل للجريمة لو كان لديه شبهة يتوهم لأجلها إباحة الفعل، فإن ذلك يكون دارئا للحد ورافعا له .

ثانيها : أن يكون المراد أن الحاكم إذا لم يقطع بالجريمة وحصلت عنده شبهة فى وقوعها، فإنه لايصح له إقامة الحد على المتهم .

ثالثها : أن يكون المراد كلا المعنيين. ومن البديهى أن العبارة إذا أمكن أن يراد بها كلا المعنيين فلا تخصيص بأحدهما مالم تكن ظاهرة ولو بواسطة قرينة خارجية فى أحد المعنيين، ولكن الظاهر من الرواية خصوص المعنى الأول لأن ظاهر قوله (ع) الحدود تدرأ بالشبهات أن سبب الحد ثابت وأن الشبهة تكون رافعة له، والشبهة عند الحاكم تمنع من تحقق موضوع الحد خارجا فلا بد وأن يراد به الشبهة فى مقام العمل .

ثم إن الشبهة عند الحاكم إن اجتمعت مع الثبوت الشرعى، فلا يمنع من إقامة الحد على المجرم باتفاق كلمة علماء المسلمين. ولو كانت الرواية شاملة للشبهة عند الحاكم أو مختصة بها لما جاز للحاكم إقامة الحد، ولم يذهب إلى ذلك أحد من المسلمين. ولو لم تجتمع الشبهة مع الثبوت الشرعى فلا ريب فى عدم إقامة الحد الشرعى بلا حاجة إلى هذه القاعدة، ولايمكن تخصيص القاعدة بهذه الصورة لأن ظاهرها تأسيس حكم لم يكن لولاها.

وقد ظهر مما ذكرناه أن الآثار التى استشهد بها المؤلف على القاعدة لامساس لها بها لأن تشكيك النبى العظيم (ﷺ) والإمام على (ع) إنما كان لأجل التأكد من إقراره خشية أن يكون إقراره تسرعا وتخيلا، ولما لم يكن الاعتراف الواحد كافيا لإثبات حد الزنا ولا حد السرقة يشترط فى الأول تكراره أربعة، وفى الثانى تكراره مرتين فلا يثبت كل منهما بالاعتراف الأول فلا يكون تشكيك بعد الثبوت كما هو واضح.

الشاوى رأينا فى "تعليق-١٩٤-": لانوافق على تفسير قاعدة درء الحدود بالشبهات بأنها خاصة بالعقوبات الحدية، بل الأولى أن المقصود بها جميع العقوبات الجنائية بما فى ذلك التعازير مع استثناء التعزير الوقائى الذى لايشترط فيه ثبوت الجريمة - ويمكن للقاضى أن يحكم به فى حالة وجود الشبهة.

كما أننا لانفرق بين الشبهة التى تشكك فى توافر المسئولية الجنائية (أو القصد الجنائى أو غيره من أركان الجريمة أو شروطها) ومايشكك فى وقوع الجريمة أو فى أدلة ثبوتها... فكلها تمنع العقاب.

والأمثلة التى ذكرها فقيهنا تؤيد وجوب التوسع فى مفهوم الشبهات وأسبابها.

عوده لعلك لمست، لعلك غمزت". كل ذلك يلقنه أن يقول نعم بعد إقراره بالزنا. وجيء له بسارق معترف بالسرقة فقال له : "أسرقت ماإخاله سرق ؟".

ولما جاءته الغامدية مقرة بالزنا، قال لها نحوا من ذلك . فهذه جرائم من جرائم الحدود، كان الدليل الوحيد فيها على الجريمة هو الإقرار، وكان الرسول يلقن المقر أن يعدل عن إقراره، ولولم يكن للعدول أثره فى درء الحد لما أوحى به الرسول للمقر. أما كيف يدرأ العدول الحد فذلك أن الإقرار هو الدليل الوحيد فى القضية، والعدول عن الإقرار شبهة فى عدم صحة الإقرار، والحدود تدرأ بالشبهات .

ولما جاءت شراحة الهمدانية معترفة بالزنا لعلى رضى الله عنه، قال لها: لعله وقع عليك وأنت نائمة ؟ لعله استكرهك ؟ لعل مولاك زوجك منه وأنت تكتمينه ؟ وماكان علىّ يقصد من هذه الأسئلة إلا ماقصده الرسول عليه السلام .

ومن أجل ذلك يرى بعض الفقهاء-١٩٥-. أنه يستحب للقاضى أن يعرض للمقر بالرجوع عن الإقرار[1] إذا لم يكن ثمة دليل إلا الإقرار.

الصدر تعليق "رقم-١٩٥-": إن فقهاء المذهب الجعفرى وإن قالوا باستحباب ذلك إلا أنه ليس للقاعدة المذكورة كما عرفت من اختصاصها بعروض الشبهة للفاعل، وإنما ذهبوا إلى ذلك اقتداء بسيرة النبى (ﷺ) ووصية أمير المؤمنين على عليه السلام .

الشاوى رأينا فى "تعليق-١٩٥-": لانوافق على ماذهب إليه السيد الصدر من الاكتفاء بما يَعُدّه من الأخبار المعتمدة بدلا من تطبيق مبدإ درء الحدود بالشبهات فى حالة العدول عن الإقرار الذى لايؤيده دليل آخر ... والأولى أن نَعُدّ هذه الأخبار تطبيقا وتأكيدا للمبدإ العام — وهو درء الحدود بالشبهات - ليكون التطبيق أعم وأشمل ...

---

(١) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٢١ .

<عوده> ١٧٩- *تعريف الشبهة*: الشبهة هي مايشبه الثابت وليس بثابت[١] -١٩٦- أو هي وجود المبيح -١٩٧- صورة مع انعدام حكمه أو حقيقته[٢]. ومن الأمثلة على الشبهة:

١ - شبهة الملك في سرقة الملك المشترك . فمن سرق مالا يشترك فيه مع آخر يدرأ عنه الحد -١٩٨-؛ لأن السرقة هي أخذ مال الغير خفية؛ ولأنه لم يأخذ مالا خالصا للغير، إنما أخذه متلبسا بماله .

٢ - وشبهة الملك في سرقة الأب من ابنه، فالأب حين يأخذ خفية مال ولده ينطبق عليه تعريف السرقة، ويستحق عقوبة القطع، ولكن الحد يدرأ عن الأب لشبهة تملك مال الولد، وهذه الشبهة أساسها قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "أنت ومالك لأبيك".

[الصدر] تعليق "رقم-١٩٦-": بل مايعتقد بثبوته وهو ليس بثابت، ولايكون من الشبهة الدارئة للحد لو أتى المحرم بما يشبه المباح وهو ليس بمباح واقعا مع علمه بعدم إباحته، كما لو عقد على من لايجوز العقد عليها مع علمه بعدم تأثير هذا العقد في جواز الدخول بها، ثم دخل بها فإن العقد لايكون دارئا لحد الزنا عنه .

[الصدر] تعليق "رقم-١٩٧-": مع اعتقاد الفاعل في كونه مؤثرا في الإباحة، وإلا فلايكون رافعا للحد كما مر تفصيله آنفا .

[الصدر] تعليق "رقم-١٩٨-": إذا كان يعتقد جواز ذلك له، وإلا فمجرد الشركة لايمنع من إقامة الحد مع اجتماع بقية الشرائط .

[الشاوي] رأينا في "التعليقات-١٩٦-، -١٩٧-، -١٩٨-": يوضح السيد الصدر أن الشبهة قد تنتج عن خطإ وقع فيه الجاني يؤدي إلى الشك في وجود القصد الجنائي لديه .

وهذا في نظرنا أدق مما في الأصل حيث يَعُدّ فقيهنا أن الشبهة ناتجة عن وضع قانوني معين (شبهة عقد في حالة الزواج بمحرم، أو شبهة الملكية في حالة سرقة المال المشترك) دون إشارة إلى اعتقاد الجاني، وإن كان هذا الرأي قصد به التوسع في حالات سقوط الحد، ويمكن ترجيحه مع بقاء التعزير جائزا. والأصح في نظرنا أن التعزير يجوز هنا بحسبانه تدبيرا وقائيا لاعقوبة جنائية.

---

(١) لايقصد بالثبوت ثبوت الفعل فقط، وإنما يقصد بالثبوت معناه العام، فيشمل ثبوت الفعل وثبوت الحكم. شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٤٠ .

(٢) المغني الجزء العاشر ص ١٥٢ .

عوده ٣ - وشبهة الملك فى اللواط بالزوجة، فإتيان الزوج زوجته فى دبرها محرم -١٩٩-، ويعده الفقهاء زنا، ولكنهم يدرءون الحد عنه؛ لأن الزواج يجعل الزوجة فى ملك الزوج-٢٠٠-، ويعطيه حق التمتع بكل جسمها-٢٠١-، فتملك الزوج للزوجة يقوم شبهة فى أن له أن يلوط بها-٢٠٢-. وقيام هذه الشبهة يستوجب درء الحد-٢٠٣-.

ومن الأمثلة على الشبهة: شبهة عدم الثبوت، فمن أقر بارتكابه جريمة من جرائم الحدود، ولم يكن دليل إلا إقراره وجب عليه الحد بالإقرار، فإذا عدل عن إقراره كان العدول شبهة فى عدم الثبوت؛ لاحتمال أن يكون إقراره غير صحيح، وترتب على قيام هذه الشبهة درء الحد-٢٠٤-. ومثل ذلك يقال عن عدول الشهود إذا لم يكن دليل إلا الشهود.

الصدر تعليق "رقم-١٩٩-": مر آنفا اختلاف فقهاء المسلمين فى حرمة وطء الزوجة فى دبرها وكراهته. وحتى على القول بالحرمة، فهو ليس من الزنا لأنه كل وطء وقع على غير نكاح صحيح فلا ينطبق عليه وإن كان حراما. وعلى القول بالحرمة، فيكون حاله حال وطء المرأة الحائض فى فرجها فإنه وإن كان حراما إلا أنه ليس بزنا لكونه وطءًا مسبوقا بعقد صحيح، وإنما وقع فى زمان منهى عنه فلذا لم يذهب أحد من فقهاء المسلمين إلى لزوم إقامة الحد عليه.

الصدر تعليق "رقم-٢٠٠-": ليس من آثار الزوجية ملكية الزوج للزوجة، وإنما هى علاقة بين الزوجين تجعل الزوج يستحق الاستمتاع المشروع بزوجته .

ولو سلمنا بالملكية فيكون حال الزوجة حال العبد المملوك، فإذا قلنا بحرمة إتيانها فى دبرها فيكون كما لو أتى عبدا يملكه أو بهيمة يملكها، فكما أنه يستحق العقاب هناك يستحقه هنا .

الصدر تعليق "رقم-٢٠١-": مر آنفا ما فى هذه الدعوى .

الصدر تعليق "رقم-٢٠٢-": مر آنفا أن اللواط إتيان الذكر، فلا يصدق على إتيان المرأة فى دبرها.

الصدر تعليق "رقم-٢٠٣-": إذا قلنا بالحرمة وصدق الزنا على وطء المرأة فى دبرها، فلا رافع للحد إلا اعتقاد الفاعل الجواز لما مر من تعريف الشبهة سواء كان اعتقاد الجواز كما ذكره المؤلف من وجوه أو لأمور أخرى .

الشاوى رأينا فى "التعليقات رقم-١٩٩- إلى-٢٠٣-": نتفق مع السيد الصدر فيما قاله فى التعليقات أرقام -١٩٩- و-٢٠٠- و-٢٠١- من استبعاد وصف حقوق الزوج فى الاستمتاع بزوجته بأنه ملكية - وكذلك استبعاد وصف إتيانها فى دبرها بأنه لواط فى تعليقيه رقمى -٢٠٢- و-٢٠٣- وهذه وجهة نظر أقرب فى نظرنا للصواب .

الصدر تعليق "رقم-٢٠٤-": ليس الإنكار بعد الإقرار من موارد الشبهة كما عرفت من أن المراد منها الشبهة عند العامل بمعنى أن العامل يظن عدم حرمة الفعل أو يعتقد جوازه، فلا يدرأ الحد فى المقام لأجل الشبهة بنظر فقهاء المذهب الجعفرى، وإن ذهب بعضهم إلى إسقاط الحد اعتمادا على روايات توهموا دلالتها على ذلك وفرق بعضهم بين الحدود فقالوا بإسقاط الحد إذا كان رجما وعممه بعضهم لكل حد يوجب التلف وعدم سقوطه إذا لم يكن كذلك .

〈عوده〉 إذا كان الفقهاء قد اتفقوا على درء الحدود بالشبهات إلا أنهم لايتفقون على كل الشبهات، فهناك مايراه البعض شبهة صالحة للدرء بينما لايراه البعض الآخر شبهة. والأمثلة على ذلك كثيرة: فمن وجد امرأة فى فراشه فوطئها ظنا منه أنها امرأته درئ عنه الحد عند مالك والشافعي وأحمد(١)؛ لأنهم يرون فى وجود المرأة على فراش الرجل شبهة تؤيد دعواه فى أنه ظنها امرأته.أما أبو حنيفة(٢) فلا يرى وجود المرأة على فراش الرجل شبهة، لأنه قد ينام على الفراش غير الزوجة-٢٠٥- من أقاربها أو زائراتها.

ومن تزوج امرأة من محارمه يدرأ عنه الحد عند أبى حنيفة، فلا يحد حد الزنا لشبهة العقد، ويخالفه فى ذلك أبو يوسف ومحمد(٣)، ويريان مايراه مالك والشافعي وأحمد من أن الحد لايدرأ لشبهة العقد مادام الجانى عالما بالتحريم(٤) -٢٠٦- .

وكل نكاح أجمع على بطلانه كنكاح الخامسة، أو المتزوجة، أو المعتدة، أو المطلقة ثلاثا، يدرأ فيه أبو حنيفة الحد، ولو كان الجانى عالما بالتحريم؛ لأن العقد فى رأى أبى حنيفة شبهة، والشبهة تدرأ الحد(٥). ولايرى مالك والشافعي وأحمد درء الحد فى هذه الحالات؛ لأنهم لايَعُدّون العقد شبهة(٦) .

[الصدر] تعليق "رقم-٢٠٥-": إمكان نوم غير الزوجة فى الفراش لا يمنع من درء الحد إذا تخيل الشخص أن النائمة فى الفراش زوجته فيكون مشمولا للحديث المبارك .

[الصدر] تعليق "رقم-٢٠٦-": لاتصدق الشبهة الدارئة للحد فى المقام لاختصاصها بما إذا احتمل الفاعل الجواز كما مر علينا قريبا كما لاتصدق الشبهة الدارئة للحد فى النكاح الباطل والاستئجار للزنا أو كون المسروق مما يسرع إليه الفساد أو كون المسروق بابا للجامع لصدق السرقة مالم يحتمل الجواز.

[الشاوى] رأينا فى "التعليقات-٢٠٤- - -٢٠٦-": إن اتجاه فقهاء المذهب الجعفرى المشار إليه يرجع إلى تمسكهم بالاعتماد على الأخبار المعتمدة وعدم الالتجاء إلى القياس أو الرأى - وهو مالا نتفق معه ولا نقره - أما حصر الشبهة فى حالة اعتقاد الجانى الجواز فقد قلنا إننانؤيده لعدم ثبوت القصد الجنائى.

---

(١) أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٢٦، شرح الزرقانى الجزء الثامن ص ٧٨، المغنى الجزء العاشر ص ١٥٥.

(٢) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٤٧ .

(3) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٤٧ .

(٤) شرح الزرقانى الجزء الثامن ص ٧٦، أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٢٧، المغنى الجزء العاشر ص ١٥.

(٥) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٤٣، ١٤٨، ١٤٩ .

(٦) شرح الزرقانى الجزء الثامن ص ٧٦، ٧٧، ٨٠، أسنى المطالب الجزء الرابع ص١٢٦، المغنى الجزء العاشر ص ١٥٤.

<عوده> ويرى أبو حنيفة أن من يستأجر امرأة للزنا لايحد لشبهة العقد، ويخالفه فى هذا أبو يوسف ومحمد، حيث يريان مايراه مالك والشافعى وأحمد(١) وهو أن لايدرأ الحد لشبهة العقد؛ لأنه عقد لاتستباح به المرأة. وحجة أبى حنيفة أن العقد عقد منفعة؛ وأن الزانى يستوفى بالزنا منفعة فأورث العقد شبهة(٢) .

ويدرأ أبو حنيفة الحد فى سرقة ما هو مباح الأصل، كسرقة الماء بعد إحرازه والصيد بعد صيده؛ لأن كليهما فى أصله مال مباح، وفيه "شركة عامة" والإباحة الأصيلة تورث شبهة فى بقاء المال مباحا بعد إحرازه. والشركة العامة تورث شبهة فى بقاء الشركة قائمة بعد إحراز المال. (٣) أما مالك والشافعى وأحمد فلا يدرءون الحد؛ لأنهم لايرون شبهة فى كون المال مباح الأصل(٤) .

ويجعل أبو حنيفة التفاهة شبهة فى المال تدرأ الحد عن سارقه، ويرتب على ذلك أن لاقطع فى التراب والطين والجص والتبن وأشباهها، ولا قطع فى التبن والحشيش والقصب والحطب وأشباهها، وحجته أن الناس لايتمولون هذه الأشياء عادة، ولايضنون بها لعدم عزها، وقلة خطرها، ويعدون الضن بها من باب الخساسة. ويعتمد أبو حنيفة على عرف الناس وعاداتهم فى بيان الشىء التافه، ولكنه يسلم بأن الشىء التافه قد يصبح بالصناعة ذا قيمة، كالقصب يصنع منه النشاب، فإذا أخرجت الصناعة الشىء التافه عن تفاهته كان القطع واجبا فى سرقته. ويخالف أبو يوسف أبا حنيفة، ويرى أن الحد لايدرأ إلا فى سرقة التراب والسرجين، ولايدرأ فيما عداهما مادام المسروق مالا متقوما، ودليل التقوم والمالية عنده هو جواز البيع والشراء فى المال . ويخالف مالك والشافعى وأحمد مذهب أبى حنيفة ولايرون شبهة فى تفاهة المال مادامت قيمته تبلغ النصاب (٥) .

ويدرأ أبو حنيفة الحد فى سرقة مايتسارع إليه الفساد، كالطعام الرطب والبقول واللحم والخبز ومأشبه، ويخالف فى ذلك أبو يوسف، ويأخذ برأى مالك والشافعى وأحمد، وهم لايرون شبهة فى كون المسروق مما يتسارع إليه الفساد (٦) .

ولايرى أبو حنيفة القطع فى سرقة باب المسجد لشبهة عدم تحريزه (٧)، ويرى مالك والشافعى وأحمد القطع فى سرقة باب المسجد، لأنه محرز ولاشبهة فى عدم تحريزه (٨) .

---

(١) شرح الزرقانى الجزء الثامن ص ٧٦، أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٢٧ .

(٢) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٤٨ .

(٣) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ٣٢٧ .

(٤) شرح الزرقانى الجزء الثامن ص ٩٥، أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٤١، المغنى الجزء العاشر ص ٢٤٧.

(٥) المراجع المذكورة فى رقم ٢،٣، وبدائع الصنائع الجزء السابع ص ٦٧، ٦٨ .

(٦) المراجع السابقة .

(٧) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ٢٣٠ .

(٨) شرح الزرقانى ثامن ص ٩٩، أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٤٠، المغنى الجزء العاشر ص ٢٥٥ .

يستعرض أصلا مهمّا من أصول التشريع الجنائى فى ديننا، وهو مبدأ وجوب إسقاط العقوبات إذا وجدت شبهات حول ثبوت الفعل أو توافر أركان الجريمة أو وجوب العقوبة؛ وهو مبدأ قررته السنة النبوية قولا وفعلا؛ وأكده الرسول (ﷺ) مرارا، كما هو واضح من الوقائع التى يستشهد بها. وهو يشير إلى التعريف الذى قدمه فقهاؤنا.

ولكن بعض المعاصرين يعتقدون أن القوانين الوضعية قد وصلت إلى هذا المبدإ أخيرا عندما أعلنت "أن الشك يُفسر لمصلحة المتهم" – الذي يعترفون بأنه من نتائج التقدم الذى وصلت إليه القوانين الحديثة فى هذا العصر ... وينسون أن شريعتنا سبقت لذلك منذ فجر الإسلام .

وإذا كان هذا يضمن لشريعتنا فضل التقدم الزمنى على تلك القوانين، لأنها سبقتهم فى إعلانه بعدة قرون طويلة؛ إلا أن هذا لايكفى لأنه يجب ملاحظة أن القاعدة الشرعية أقوى وأوسع نطاقا وأفضل بكثير من هذا المبدإ الذى يتغنون به الآن. ذلك أن المبدأ الحديث الذى يعتزون به يخاطب القاضى ويفرض عليه ألا يحكم بالإدانة إلا عندما يطمئن اطمئنانا قاطعا بالإدانة؛ فى حين أن المبدأ الشرعى أعم وأشمل لأنه يخاطب كل من يساهم فى التقنين أو تحديد الجرائم وفرض العقوبات الجنائية وفى مجال استنباط الأحكام، أى العمل التشريعي. وإذا كان القاضى يلتزم به فإن ذلك تابع لالتزام المجتهدين والفقهاء به عند استنباطهم الشروط التى تلزم لتطبيق النصوص الجنائية أو عند تقنين "التعازير" .

ولما كانت نصوص القرآن والسنة اكتفت بفرض عقوبات الحدود والقصاص فى جرائم محصورة العدد؛ فإن هذه الجرائم التى فرض عليها عقوبة مقررة هى المجال الأول لتطبيق هذا المبدإ .

وأهم ما نلاحظه هو قوله: "إن كلمة الحدود هنا ليست محصورة فيما يَعُدّه الفقه جرائم الحدود؛ بل يشمل أيضا الجرائم المعاقب عليها بالقصاص والدية، لأنها أيضا ثابتة بنص شرعى" .

وإذا كانت التعازير لا يُشار إليها، فليس معنى ذلك أن القاعدة لا تسرى عليها؛ بل الراجح عندنا هو أن القاعدة عامة على جميع العقوبات بل وجميع التشريعات الجنائية التى تفرضها النصوص فى القرآن أو السنة أو حتى أقوال الأئمة والفقهاء؛ وأن المقصود منها درء العقوبات الجنائية فى حالة وجود شبهة؛ على التفصيل الذى أورده ....

كل ماهنالك أن وجود الشبهة فى حالات التعزير يلزم القاضى بالاكتفاء بالتدابير التهذيبية أو العبادية أو الوقائية بدلا من العقوبات "التعزيرية" .

❀ هذا المبدأ يطبق فى التعازير فى نظرنا :

إننا نقدر ما قاله بخصوص مبدإ درء الحدود بالشبهات الذى يوجبه الحديث النبوى الشريف "إدرءوا الحدود بالشبهات"[1] إن هذا المبدأ الشرعى أوسع نطاقا من القاعدة المعروفة فى الفقه المعاصر التى توجب على القاضى أن يفسر الشك حول ثبوت الجريمة لصالح المتهم، لأن الشك الذى يشير إليه المبدأ العصرى هو حالة نفسية تزعزع اقتناع القاضى بالأدلة؛ فى حين أن الشبهات التى تدخل فى نطاق المبدإ الشرعى تدور حول توافر جميع العناصر المكونة للجريمة والشروط الموجبة للعقوبة، كما هو واضح فى الأمثلة التى ذكرها نقلا عن كتب المذاهب المختلفة فى عصور متوالية؛ وهى مع ذلك مجرد أمثلة ليست واردة على سبيل الحصر .

ويتضح من الأمثلة التى ذكرها عما ورد عن رسولنا الأمين من دعوة المجرم المعترف للعدول عن إقراره، عَدُّ هذا العدول شبهة تسقط الحد – وقد فعل ذلك أيضا الإمام على بن أبى طالب، بل أضاف أن بعض الفقهاء يرون أنه يستحب للقاضى أن ينصح المقر بالعدول عن إقراره ويشجعه عليه، وهذا يبين مدى تميز شريعتنا عما تسير عليه بعض النظم الوضعية فى تصيد الشبهات وإدانة الأفراد بناء على مجرد الادعاءات فيما يسمونه " تقارير أجهزة المباحث السرية " التى لا ترقى حتى إلى مستوى الشهادة، بل هى مجرد ترديد للاتهامات التى تدعيها تلك الأجهزة دون وجود دليل أو شبهة دليل سوى تلك الادعاءات – وكذلك التى تستبيح استعمال أساليب التهديد والتعذيب للحصول على ما تسميه "اعترافات" ليست فى الحقيقة غالبا إلا أكاذيب تملى على المتهم لكى تمكن المعترف من الخلاص من التعذيب والتهديد .

وأمثلة الشبهات المتفق عليها وأنواعها وكذلك كثرة الشبهات المختلف عليها دليل على أن الأمر اجتهادى وتقديرى. ولهذا، فإن ما يسمى بالظروف المخففة التى يقدرها القاضى يمكن فى نظرنا أن تكون شبهة توجب سقوط الحد والاكتفاء بالتعزير، بل يمكن أن تسقط التعزير ذاته على حسب الظروف أو تجعله مجرد تدبير وقائى لاعقوبة .

---

(1) البند (178) وما بعده حتى البند (184) .

<عوده> ١٨٠ ـ *أنواع الشبهة* : اهتم الفقهاء الشافعيون والحنفيون بتقسيم الشبهة وبيان أنواعها المختلفة، أما الفقهاء المالكيون والحنابلة فقد اكتفوا بالتعرض للشبه واحدة بعد أخرى بصفة عامة كلما استلزم ذلك الأمر .

وقد قسم الشافعية الشبهة ثلاثة أنواع :

١ - شبهة فى المحل، كوطء الزوجة الحائض أو الصائمة، أو إتيان الزوجة فى دبرها، فالشبهة هنا قائمة فى محل الفعل المحرم؛ لأن المحل مملوك للزوج ومن حقه أن يباشر الزوجة. وإذا لم يكن له أن يباشرها وهى حائض أو صائمة أو أن يأتيها فى الدبر، إلا أن ملك المحل للزوج وحقه عليه يورث شبهة، وقيام هذه الشبهة يقتضى درء الحد سواء اعتقد الفاعل بحل الفعل أو بحرمته؛ لأن أساس الشبهة ليس الاعتقاد والظن-٢٠٧-، وإنما أساسها محل الفعل وتسلط الفاعل شرعا عليه .

٢ - شبهة فى الفاعل، كمن يطأ امرأة زفت إليه على أنها زوجته، ثم تبين أنها ليست زوجته، فأساس الشبهة ظن الفاعل واعتقاده، بحيث يأتى الفعل وهو يعتقد أنه لايأتى محرما، وقيام هذا الظن عند الفاعل يورث شبهة يترتب عليها درء الحد، فإذا أتى الفاعل الفعل وهو عالم بأنه محرم فلا شبهة .

٣ - شبهة فى الجهة، ويقصد من هذا التعبير الاشتباه فى حل الفعل وحرمته، وأساس هذه الشبهة الاختلاف بين الفقهاء على الفعل، فكل مااختلفوا على جوازه أو حله يقوم الاختلاف فيه شبهة، ويدرأ فيه الحد. فمثلا يجيز أبو حنيفة النكاح بلا ولى، ويجيز مالك النكاح بلا شهود، ويجيز ابن عباس نكاح المتعة، ومن ثم فلا يُعَدّ الوطء فى هذه الأنكحة المختلف عليها زنا يحد عليه، بل يقوم الخلاف شبهة تدرأ الحد، ولو كان الفاعل يعتقد بحرمة الفعل-٢٠٨-؛ لأن هذا الاعتقاد فى ذاته ليس له أثر ما دام العلماء مختلفين على الحل والحرمة[1].

ويقسم الحنفية الشبهة قسمين :

[الصدر] تعليق "رقم-٢٠٧-": بل هو الأساس كما مر علينا قريبا فلا يدرأ الحد إلا معه.

[الصدر] تعليق "رقم-٢٠٨-": الظاهر لزوم إقامة الحد عليه من قبل الحاكم الشرعى إذا كان عالما بالحرمة ولو ظاهرا لتحقق موضوع الزنا بنظره مع عدم شبهة تكون سببا لدرء الحد عنه، ومجرد الاختلاف فى الحكم لايكون سببا لدرء الحد مالم يكن سببا لحدوث الشبهة عند الفاعل .

---

(١) أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٢٦ .

〈عوده〉 الأول : الشبهة فى الفعل[1]، ويسمونها أيضا شبهة اشتباه، وشبهة مشابهة، وهى شبهة فى حق من اشتبه عليه الفعل دون من لم يشتبه عليه. وتثبت هذه الشبهة فى حق من اشتبه عليه الحل والحرمة-٢٠٩-، ولم يكن ثمة دليل سمعى يفيد الحل،بل ظن غير الدليل دليلا، كمن يطأ زوجته المطلقة ثلاثا فى عدتها[2].

ويشترط لقيام الشبهة فى الفعل ألاّ يكون هناك دليل على التحريم أصلا، وأن يعتقد الجانى الحل. فإذا كان هناك دليل على التحريم، أو لم يكن الاعتقاد بالحل ثابتا فلا شبهة أصلا.

الثانى : الشبهة فى المحل، ويسمونها الشبهة الحكمية أو شبهة الملك، ويشترط فى هذه الشبهة أن تكون ناشئة عن حكم من أحكام الشريعة. فالسرقة محرمة بنص القرآن حيث قال الله تعالى: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾. والرسول ﷺ يقول: "أنت ومالك لأبيك". فالنص الثانى يقوم بذاته شبهة على تطبيق حكم النص الأول الذى يحرم السرقة ويعاقب عليها بالقطع؛ لأن النص الثانى يجعل الولد وماله ملكا للأب، فإذا سرق الأب مال ولده فقد سرق ماله حكما. فالشبهة فى المحل أو الشبهة الحكمية تتحقق بقيام دليل شرعى ينفى الحرمة ولاعبرة بظن الفاعل-٢١٠- فيستوى أن يعتقد الفاعل أنه يسرق، أو يعتقد أنه لايسرق؛ لأن الحرمة مشكوك فيها بقيام دليل الحل (٣) .

[الصدر] تعليق "رقم-٢٠٩-": فاعتقد جواز الفعل، فإن اعتقاد الجواز يدرأ عنه الحد سواء أكان هناك دليل سمعى أم لم يكن، وحتى إذا كان هناك دليل على تحريم الفعل الذى اعتقد إباحته .

[الصدر] تعليق "رقم-٢١٠-": بل العبرة باعتقاده، فلا تكون الشبهة المذكورة دارئة للحد مالم يعتقد الفاعل الجواز ولو ظاهرا .

---

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ص ١٤٠، ١٤١ .

(٢) يحصر الحنفيون شبهة الفعل فى ثمانية مواضع فى جريمة الزنا، أحدها إتيان المطلقة ثلاثا أثناء العدة، والأئمة الثلاثة يخالفون الحنفيين، ولايرون شبهة فى هذه المواضع، ومن ثم فهم لايعترفون بشبهة الفعل فى جريمة الزنا.

(٣) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٤١، ١٤٢ .

<عوده> ويضيف أبو حنيفة نوعا ثالثا من الشبهات، وهو شبهة العقد، فعنده أن الشبهة تثبت بالعقد ولوكان العقد متفقا على تحريمه وكان الجاني عالما بالتحريم-٢١١-،

[الصدر] تعليق "رقم-٢١١-": لاأثر للعقد مع علم الجاني بالتحريم، ولايكون موجبا لدرء الحد كما أشرنا إلى ذلك قريبا .

ويكفي دليلا لهم إطلاق قوله سبحانه وتعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ [المائدة:١]، فإن إطلاق هذه الآية المباركة تدل على لزوم عقد النكاح ولو بدون شاهدين. وقد استدل على اشتراط الشهادة بما روى عن ابن عباس أنه قال: لانكاح إلا بشاهدى عدل وولى مرشد. ويرد على الاستدلال بهذا الخبر أمران أولهما: أن ابن عباس لم يسند هذا الكلام إلى النبي العظيم (ﷺ)، فلعله كان رأيه واجتهاده، ورأى المجتهد لايكون دليلا لبقية المجتهدين إنما يكون حجة على خصوص مقلديه .

وثانيهما : أن هذا الخبر ولو سلم كونه مرويا عن النبي (ﷺ)، فإن ضعف سنده يمنع من الاعتماد عليه كما يشهد لذلك ماذكره ابن رشد فى كتابه بداية المجتهد الجزء الثانى ص ١٧ بعد نقله الحديث السابق، قد روى مرفوعا ذكره الدارقطني وذكر أن فى سنده مجاهيل. ويشهد لعدم اشتراط الشهادة ماروى من أن جحش بن رباب من بنى أسد خطب إلى رسول الله (ﷺ) آمنة بنت عبد المطلب، فزوجه إياها ولم يشهد. والغريب من ابن رشد أن يدعى أن لامخالف لهذا الحكم من الصحابة، مع أن الخلاف ينسب إلى جماعة منهم، والمصنف نفسه ذكر فى آخر البحث ما نصه: وقال أبو ثور وجماعة: ليس الشهود من شرط النكاح، لاشرط صحة ولاشرط تمام، وفعل ذلك الحسن بن على، وروى عنه أنه تزوج بغير شهادة ثم أعلن بالنكاح، والإمام الحسن من أعلام الصحابة وسادات أهل البيت.

وأما النكاح بدون ولى، فلا ريب عندنا فى بطلانه إذا كانت الزوجة صغيرة، كما لاخلاف فى صحته بين فقهاء المذهب الجعفرى إذا كانت الزوجة بالغة رشيدة ثيبة . أما البالغة الرشيدة الباكرة، فقد اختلف فى حكمها فقهاء المذهب الجعفرى، فقال قوم بصحة نكاحها بغير ولى وأنكر ذلك آخرون. والرأى الراجح الذى أذهب إليه أن لها أن تزوج نفسها بغير ولى كما لأبيها تزويجها، ويدل على جواز استقلالها بالزواج الخبر الصحيح المعتبر المروى عن الإمام محمد بن على الباقر (ع) أنه (ع) قال: "المرأة التى ملكت نفسها غير السفيهة ولا المولى عليها تزويجها بغير ولى جائز". ويدل على صحة تزويج الأب لها قول أحد أئمة أهل البيت (ع) فى حديث معتبر يستأمرها كل أحد ماعدا الأب. ولامجال لتفصيل الكلام فى هذه التعليقة، ولقد فصلنا الكلام فى ذلك فى كتابنا الفقهى الكبير شرح بلغة الراغبين .

وأما نكاح المتعة، فقد ذهب فقهاء المذهب الجعفرى إلى القول بمشروعيته وصحته، ويكفى دليلا على ذلك قوله سبحانه وتعالى: ﴿فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة﴾ [النساء:٢٤]. ووافقهم فى ذلك جماعة من الصحابة والتابعين، فإنه ذكر أستاذنا الإمام الخوئى فى تفسير البيان ما يأتى : =

<عوده> ولكن أصحابه وباقى الأئمة الأربعة يخالفونه فى هذا، ولايرون العقد شبهة إلا إذا كان الجانى يظن الحل ويعتقده.

وعلى هذا، تكون الشبهة على رأى أبي حنيفة على ثلاثة أنواع: شبهة الفعل، وشبهة المحل، وشبهة العقد .

١٨١ ـ *مايترتب على درء الحدود بالشبهات* : تختلف النتائج التى تترتب على الأخذ بقاعدة درء الحدود بالشبهات. ففى بعض الأحيان يؤدى تطبيق القاعدة إلى درء عقوبة الحد وتبرئة المتهم من الجريمة المنسوبة إليه، وفى بعض الأحيان يؤدى تطبيق القاعدة إلى درء عقوبة الحد وإحلال عقوبة تعزيرية محلها .

ويبرأ المتهم من الجناية المنسوبة إليه فى ثلاث حالات: الأولى: إذا كانت الشبهة قائمة فى ركن من أركان الجريمة؛ فمن زفت إليه غير زوجته، فأتاها على اعتقاد أنها زوجته، لايعاقب على عقوبة الزنا بعقوبة الحد، ولابعقوبة تعزيرية، وإنما يحكم ببراءته؛ لانعدام القصد الجنائى لديه، والقصد الجنائى ركن من أركان جريمة الزنا. ومن أخذ خفية مالا له وهو يعتقد أنه مال الغير لايعاقب على السرقة حدا ولاتعزيرا؛ لانعدام ركن من أركان الجريمة -٢١٢-، وهو كون المال مال الغير .

= فإنه نقل عن ابن حزم أنه قال ثبت على إباحتها - أى المتعة - بعد رسول الله (ﷺ) ابن مسعود ومعاوية وأبو سعيد وابن عباس وسلمة ومعبد أبناء أمية، ورواه جابر عن جميع الصحابة مدة رسول الله (ﷺ) وأبي بكر وعمر، إلى آخر خلافة عمر، ثم قال ومن التابعين طاووس .

[الصدر] تعليق "رقم-٢١٢-": لم يصدر منه إلا مايسمى باصطلاح فقهاء المذهب الجعفرى بالتجرى، وهو عبارة عن إتيان فعل مباح يعتقد الفاعل حرمته، وقد اختلف فقهاء المذهب الجعفرى فى استحقاق فاعله العقاب وعدم استحقاقه. ومن المسلم أن مثل هذا الفعل يكشف عن خبث الفاعل وسوء سريرته وعزمه على عصيان الله سبحانه وتعالى. ولما كان من واجبات الحاكم الإسلامى تأديب الناس وتوجيههم وإصلاحهم، فإذا كان من الممكن للحاكم إصلاح هذا الفاعل ولو بتعزيره فلا ريب أن ذلك من أعماله وإن لم تصدر منه جريمة لما أشرنا إليه آنفا من أن غير المجرم قد يعاقب إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك كما فى سجن النبى (ﷺ) للمتهم بالسرقة مع عدم ثبوت الجرم عليه.

[الشاوى] رأينا فى "التعليقات من-٢٠٧- إلى-٢١٢-": فى تعليقات السيد الصدر جدال حول أمثلة من الشبهات التى وردت فى الأصل - ونرجو ألا يفهم من ذلك أن هذه الأمثلة جاءت على سبيل الحصر، بل نرى أن الأصل هو وجود مبدإ عام يلتزم به الفقيه والقاضى يوجب درء العقوبة الجنائية كلما وجد شك فى توافر أركان الجريمة أو شروط العقوبة عليها، وهذا الشك حالة موضوعية يقدرها المجتهد أو القاضى والأمثلة التى يدور عليها الجدال ليست على سبيل الحصر. =

عوده الثانية : أن تكون الشبهة قائمة فى انطباق النص المحرم على الفعل المنسوب للمتهم. فمن تزوج بلا شهود أو بلا ولى، أو تزوج زواج متعة، لايعاقب حدا ولاتعزيرا بعَدِّه زانيا؛ لأن العلماء اختلفوا فى هذه الأنكحة فأحلها بعضهم، وحرمها البعض الآخر-٢١٣-.

= كما أننا نلاحظ أن السيد الصدر يشترط للشبهة فى حالات كثيرة أن يكون الجانى معتقدا أن الفعل، غير محرم، لكننا نفضل الآراء التى تعترف بالشبهة فى المحل أو العقد أو أى شرط من شروط العقاب على الفعل، ولانوافق على حصرها فى القصد الجنائى كما يريد السيد الصدر، خصوصا إذا كان أثرها هو إسقاط الحد أو العقوبة التعزيرية والاكتفاء بالتعزير الوقائى بالإجراءات التعبدية والإصلاحية والتهذيبية .

الصدر تعليق "رقم-٢١٣-": أما الزواج بدون شاهدين، فقد قال فقهاء المذهب الجعفرى بصحته، وسعيد بن جبير وعطاء وسائر فقهاء مكة. ونسب شيخ الإسلام المرغنيانى القول بجواز المتعة إلى مالك مستدلا عليه بقوله لأن نكاح المتعة كان مباحا فيبقى إلى أن يظهر ناسخه. ونسب ابن كثير جوازها إلى أحمد بن حنبل عند الضرورة فى رواية، وقد تزوج ابن جريج أحد الأعلام وفقيه مكه فى زمنه سبعين امرأة بنكاح المتعة إلخ ما أفاده فى تفسيره .

وقد ادعى نسخها بأخبار لم يثبت اعتبارها ولايمكن إثبات النسخ بها لكونها من أخبار الآحاد. وقد أجمع المسلمون على عدم نسخ الكتاب بخبر الواحد .

كما ادعى نسخها بقوله تعالى: ﴿يأيها النبى إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن﴾[الطلاق:١]. وبقوله سبحانه وتعالى: ﴿ولكم نصف ماترك أزواجكم﴾ [النساء:١٢].ومن الواضح أن النسخ متوقف على المعارضة بين الآيتين ولا معارضة بينهما، فإن الآية الأولى لادلالة فيها على أنه لازواج بلا طلاق لتعارض آية المتعة وتكون ناسخة لها. كما أن مادل على أن لا إرث للمتمتع بها تكون مفسرة لآية الإرث ومخصصة لها بالزواج الدائم غير المنقطع المسمى بالمتعة. وكيف تكون آية المتعة منسوخة ويخفى النسخ على أمير المؤمنين على(ع) على مايروى عنه ابن جرير الطبرى فى تفسيره، وأبو يعلى فى مسنده، وأبو داوود فى ناسخه: "لولا ماسبق من رأى عمر بن الخطاب لأمرت بالمتعة ثم ما زنى إلا شقى" ؟

وكيف يخفى على ابن عباس وهو القائل على مافى كتاب أحكام القرآن للجصاص : "رحم الله عمر، ما كانت المتعة إلا رحمة من الله تعالى، رحم بها أمة محمد ولولا نهيه لما احتاج الزنا إلا شقى"؟ وكيف يخفى على ابن مسعود وهو القائل على ما فى صحيح البخارى قال: "كنا نغزوا مع رسول الله (ﷺ) ليس معنا نساء قلنا ألا نستخص فنهانا عن ذلك ثم رخص لنا أن ننكح المرأة بالثوب إلى أجل ثم قرأ عبد الله: ﴿يأيها الذين آمنوا لاتحرموا طيبات ما أحل الله لكم ولاتعتدوا إن الله لايحب المعتدين﴾.[المائدة:٨٧] انتهى". =

(عوده) وهذا الاختلاف معناه الشك فى انطباق نص الزنا على هذه الأفعال، ومن ثم تجب تبرئة المتهم من الجناية المنسوبة إليه-٢١٤-.

= فإن قراءته للآية المباركة تدل على أن تحريم المتعة لم يكن من الله ولا من رسوله وإنما هو أمر حدث بعد رسول الله (ﷺ) .

بل إن نسبة عمر الحرمة إلى نفسه دالة على عدم كون الآية منسوخة. ففى كتاب سنن البيهقى جـ ٧ باب نكاح المتعة ص ٢٠٦ روى أبو نضرة عن جابر بن عبد الله الأنصارى قال نضرة قلت: إن ابن الزبير ينهى عن المتعة وإن ابن عباس يأمر بها. قال جابر : على يدى جرى الحديث تمتعنا مع رسول الله (ﷺ) ومع أبى بكر فلما ولى عمر خطب الناس فقال : إن رسول الله (ﷺ)، هذا الرسول وإن القرآن هذا القرآن وإنهما كانتا متعتان على عهد رسول الله وأنا أنهى عنهما وأعاقب عليهما إحداهما متعة النساء، ولاأقدر على رجل تزوج متعة امرأة إلى أجل إلا غيبته بالحجارة .

ثم قال البيهقى : أخرجه مسلم من وجه آخر عن همام وروى نظير أبو صالح كاتب الليث فى نسخته والطحاوى ورواه ابن جرير فى تهذيب الآثار، وابن عساكر إلا أن عمر قال فيما روياه : واضرب فيهما ويشهد لذلك قصة الشامى التى رواها ابن جرير فى تهذيب الآثار عن سليمان بن يسار عن أم عبد الله ابنة أبى خيثمة أن رجلا قدم من الشام فنزل عليهما فقال إن العزبة قد اشتدت علىّ فابغينى امرأة أتمتع معها، قالت : فدللته على امرأة فشارطها وأشهدوا على ذلك عدولا، فمكث معها ماشاء الله أن يمكث ثم إنه خرج فأخبر عن ذلك عمر بن الخطاب فأرسل إلى فسألنى أحق ماحدثت؟ قلت نعم، قال فإذا قدم فأذنينى به فلما قدم أخبرته فأرسل إليه فقال: ما حملك على الذى فعلته؟ قال فعلته مع رسول الله (ﷺ) ثم لم ينهنا عنه حتى قبضه الله ثم مع أبى بكر فلم ينهنا عنه حتى قبضه الله ثم معك فلم تحدث لنا فيه نهيا، فقال عمر، أما والذى نفسى بيده لو كنت تقدمت فى نهى لرجمتك . حتى يعرف النكاح من السفاح .

فإن عمر أقر الشامى على عدم نهى النبى عنها وعدم نسخها أيامه، ولايحق لعمر ولا لغيره من البشر أن ينسخ حكما شرعه الله وإن قلنا بخلافته، ولعل نهيه كان لمصلحة مؤقتة ارتآها فإنه يصح لرئيس الدولة الإسلامية أن ينهى عن بعض الأمور المباحة فى فترة من الزمن إذا اقتضت المصلحة ذلك ولايؤثر النهى بعد انقضاء تلك المدة وأطول مايمكن أن تكون المدة هى مدة حياته فلا يكون لنهى عمر تأثير بعد موته قطعا .

(الصدر) تعليق "رقم-٢١٤-": ويستثنى من ذلك صورة قطع الفاعل بالحرمة واعتقاد الحاكم بثبوتها.

(الشاوى) رأينا فى "تعليقى-٢١٣-،-٢١٤-": شرح طويل للأدلة التى يستند إليها فقهاء الجعفرية فى إباحة زواج المتعة – وليس هنا موضع مناقشتها .

وقد تكرر قول فقيهنا بسقوط الحد بسبب الشبهة وذكر أمثلة لها من وجهة نظره، ومع ذلك أجاز التعزير. ولاشك –فى نظرنا– فى أن الشبهات التى تسقط الحد والقصاص أكثر من تلك التى تسقط التعزير، لأن العقوبات المقدرة تستلزم توافر أدلة قانونية ليست ضرورية لثبوت الجرائم =

〈عوده〉 الثالثة : أن تكون الشبهة قائمة فى ثبوت الجريمة. فإذا شهد شخصان على آخر بأنه شرب خمرا، ثم عدلا عن شهادتهما ولم يكن هناك دليل آخر، درئ الحد لشبهة صدق الشاهدين فى عدولهما، وبرئ المتهم مما نسب إليه . وإذا نسب إلى شخص يجن ويفيق أنه ارتد أو سرق، ولم يعلم إن كان ارتكب الجريمة وقت الإفاقة أو وقت الجنون، درئ عنه الحد؛ لشبهة عدم التكليف، وبرئ مما نسب إليه.

وفيما عدا هذه الحالات الثلاث، فإن تطبيق القاعدة إذا أدى لدرء الحد فإنه يؤدى فى الوقت ذاته إلى استبدال التعزير بالحد أيا كان مصدر الشبهة. فالأب يدرأ عنه الحد فى سرقة مال ولده؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : "أنت ومالك لأبيك"، ولكنه يعزر؛ لأن الدرء كان لشبهة حكمية أى شبهة فى المحل-٢١٥-. ومن يأت زوجته فى دبرها يدرأ عنه الحد للشبهة فى المحل-٢١٦-، ولكنه يعزر. ومن يتزوج محرما أو يستأجر امرأة للزنا يدرأ عنه الحد لشبهة العقد-٢١٧- عند أبى حنيفة، ولكنه يعزر .

= التعزيرية. فالشك الذى يوجب إسقاطها قد يتوافر فى حالات تكون الجريمة التعزيرية ثابتة. وفضلا عن ذلك، فإننا نكرر القول بأن ميزة التعازير أنها تتسع للتدابير التى تدخل ضمن مايسمى فى العصر الحاضر بتدابير الوقاية التى يجوز اتخاذها دون انتظار وقوع الجريمة أو ثبوتها، فهى تتجاوز نطاق العقوبات الجنائية، وإن كان فقيهنا والسيد الصدر لم يصدر من أى منهما أى إشارة إلى هذا النوع من التعازير .. مع أن ذلك كان يوفر عليهما وعلينا كثيرا من الجدل حول مايَعُدّه جريمة أولا، وما يُعَدّ حدا أم لا، كما هو ظاهر فى التعليقات التالية : -٢١٤- إلى -٢٢٢- ....

〈الصدر〉 تعليق "رقم-٢١٥-": بل كان درء الحد للدليل الشرعى، فإن معنى أنت ومالك لأبيك أى أن مالك متزل منزلة مال أبيك فلا يحد الأب إذا سرق منه شيئا، كما يشهد لذلك عدم الاقتصاص من الأب فيما إذا قتل ولده، فإن قتل الولد إذا كان لايوجب الحد على الأب فإن سرقة ماله لايوجب الحد على أبيه بطريق أولى .

〈الصدر〉 تعليق "رقم-٢١٦-": اختلف علماء المسلمين فى حرمة الوطء فى الدبر وفى كراهته، وأدلة الحد لاتكون شاملة للوطء فى الدبر وإن قلنا بحرمته لعدم صدق الزنا واللواط على وطء الزوجة فلا يتحقق موضوع الحد .

〈الصدر〉 تعليق "رقم-٢١٧-": مر عليك قريبا أن مجرد العقد لايكون سببا لدرء الحد مالم يكن يوجب اعتقاد الفاعل الجواز .

﴿عوده﴾ ومن سرق مالا تافها كالتراب، أو مباح الأصل كالصيد بعد صيده، يدرأ عنه حد السرقة-٢١٨- عند أبي حنيفة؛ لشبهة التفاهة والإباحة، ولكنه يعزر. ومن يسرق باب المسجد يدرأ عنه الحد في رأى أبي حنيفة لشبهة عدم الحرز-٢١٩-، ولكنه يعزر. وإذا نسب إلى شخص سرقة مثلا، واشتبه فيما إذا كان بلغ الحلم أم لم يبلغ، درئ عنه الحد، وعزر على ما نسب إليه-٢٢٠-. ومن يقر على نفسه بجريمة من جرائم الحدود ولا دليل عليه إلا إقراره يحد بإقراره، فإذا عدل عن إقراره كان عدوله شبهة تدرأ الحد، ولكنه يعزر-٢٢١- بدلا من عقوبة الحد. والفرق بين عدول المقر عن الإقرار، وعدول الشهود عن الشهادة، أن المتهم يعزر عند العدول عن الإقرار ويبرأ إذا عدل الشهود عن شهادتهم. وأساس هذا الفرق أن الإنسان لايتهم نفسه عادة بجريمة لم يرتكبها، ولكن من السهل أن يتهمه غيره كذبا بما لم يفعله. على أنه إذا تبين أن الإقرار كانت نتيجة إكراه كان الحكم بالبراءة واجبا، إذ الإقرار نتيجة الإكراه أو التهديد باطل؛ لحديث ابن عمر: "ليس الرجل على نفسه بأمين إن جوعت أو خوفت أو أوثقت"؛ ولأن الإقرار يكون حجة لترجيح جانب الصدق فيه، فإذا امتنع المقر عن الإقرار حتى هدد أو أكره فالظاهر أنه كاذب في إقراره، والعدول عن الإقرار الصحيح يدرأ به الحد للشبهة، ولكن الإقرار يبقى مع هذا مرجحا فيه

[الصدر] تعليق "رقم-٢١٨-": إذا لم يبلغ مقدار ماسرقه مايساوى ربع دينار، وأما مباح الأصل فلا فرق بينه وبين سواه في لزوم إقامة الحد إذا سرق ممن أحرزه بعد أن تملكه إنسان محترم المال، إلا أن يكون السارق يعتقد الجواز لشبهة لديه ممن يحتمل قيام الشبهة لديه.

[الصدر] تعليق "رقم-٢١٩-": حرز كل شيء بحسبه وكون الباب مبنيا بقوة وإتقان يجعله في حرز، فسرقته يوجب إقامة الحد مالم يحتمل السارق الجواز لشبهة لديه وكان ممن يحتمل إقامة الشبهة عنده كما مر ذلك عليك قريبا .

[الصدر] تعليق "رقم-٢٢٠-": مع ثبوت مانسب إليه وإلا فلا يكون مجرد النسبة موجبة حتى للتعزير.

[الصدر] تعليق "رقم-٢٢١-": إذا اعترف بما يقتضى التعزير أو رأى الحاكم أن المصلحة العامة تقتضى ذلك وإلا فلا يعزر لعدم ثبوت جريمة عليه تقتضى التعزير .

(عوده) جانب الصدق-٢٢٢-، فيصلح دليلا يعزر به وإن لم يصلح دليلا لعقوبة الحد. والمسألة على كل حال متروكة لتقدير القاضى فإن اقتنع أن الإقرار صحيح عاقب بعقوبة تعزيرية، وإن لم يقتنع حكم بالبراءة.

١٨٢ـ *هل تطبق قاعدة درء الحدود بالشبهات على جرائم التعازير؟*:

الأصل فى القاعدة درء الحدود بالشبهات أنها وضعت لجرائم الحدود، لكن ليس ثمة ما يمنع -٢٢٣- من تطبيقها على جرائم التعازير؛ لأن القاعدة وضعت لتحقيق العدالة ولضمان صالح المتهمين، وكل متهم فى حاجة لتوفير هذين الاعتبارين سواء كان متهما فى جريمة من جرائم الحدود أوجرائم التعازير .

وتطبق القاعدة على جرائم التعازير فى الحالات الثلاث التى يؤدى تطبيقها إلى البراءة فى جرائم الحدود، ولاتطبق فى حالات استبدال الحد-٢٢٤- بعقوبة تعزيرية؛ لأن جرائم التعازير عقوباتها غير مقدرة ومتروكة لتقدير القاضى واختياره، بعكس عقوبات جرائم الحدود فهى مقدرة وبالغة فى الشدة والردع، وليس للقاضى أن يعدل عنها ويستبدل بها غيرها إلا فى حالة درء الحد للشبهة .

(الصدر) تعليق "رقم-٢٢٢-": كيف يكون جانب الصدق مرجحا ياترى مع عدوله عن إقراره واحتمال أن يكون إقراره ناشئا عن داع من الدواعى الأخرى؟ وما فائدة هذا الترجيح؟ وكيف يكون سببا للتعزير مع عدم قيام دليل على الجريمة فلا يصلح إقراره المعدول عنه سببا للتعزير ؟

(الصدر) تعليق "رقم-٢٢٣-": المانع هو اختصاص لسان القاعدة بالحدود ولايقطع بعدم الفرق بينها وبين التعزيرات بعد احتمال أن الحدود إنما درئت لشدتها . فلا ملازمة بين درئها بالشبهة ودرء التعزيرات بها .

نعم فى مورد كان معذورا بالشبهة ولم يكن متمكنا من رفعها أو لم يكن يجب عليه رفعها كما إذا كانت الشبهة موضوعية كما فى مثال ما لو توهم شخص الأجنبية زوجته فوطئها فلا يستحق التعزير لأن التعزير على معصية ولم يصدر منه معصية .

(الصدر) تعليق "رقم-٢٢٤-": مر الكلام فى ذلك سابقا فراجع، ولو سلم شمول القاعدة للتعزيرات فلا فرق بين جميع أقسامها .

(الشاوى) رأينا فى "التعليقات رقم-٢١٥- — -٢٢٤-": ماقلناه من أن مبدأ درء الحدود بالشبهات ليس مقصورا على "الحدود" بالمعنى الضيق، بل يمتد إلى التعازير، مع فارق أن الشبهات التى تسقط العقوبة المقدرة القصوى أوسع نطاقا، والمثال الذى ذكره فى تعليقه رقم-٢٢٣- يؤيد ذلك – ويضيف فى تعليقه رقم -٢٢٤- أن شمول القاعدة للتعزيرات لايقتصر على قسم معين منها بل يشملها جميعا، وإن كنا نرى أن التعزيرات الوقائية التى يمكن اتخاذها دون حاجة لثبوت وقوع الجريمة لامحل للشبهات فيها.

❁ 180 – 182– الشبهات غير محصورة فى أصنافها ولا فى آثارها :

إن التأمل فى اختلافات المذاهب بشأن تصنيف الشبهات وأنواعها وأمثلتها يؤكد ما قلناه من أنها غير محدودة ولامحصورة، وأنها مسألة اجتهادية؛ بل الأهم من ذلك أن الفقه لايضع معيارا ثابتا للنتائج المترتبة عليها .

فأولى النتائج المؤكدة، هى استبعاد العقوبات الحدية أو المقدرة عموما؛ أيا كان سبب الشبهة أو مصدرها. وذلك، لأن النصوص التى فرضت عقوبات الحدود هى نصوص استثنائية؛ إذ الأصل –كما قدمنا– هو أن جميع الجرائم يعاقب عليها بالتعزير، لكن بعضها تُفرض فيه العقوبة المقدرة عند توافر شروط الظرف المشدد للعقوبة؛ فإذا وجدت شبهة فى توافر أى شرط من هذه الشروط اللازمة للتشديد تطبق العقوبة الأصلية وهىعقوبة التعزير.

ومعنى ذلك، أنه إذا كانت الشبهة منصبة على توافر الشروط المتعلقة بالظرف المشدد الموجب للحد أو القصاص أو الدية، فهنا ينحصر أثرها فى استبعاد الظرف المشدد الموجب لتوقيع العقوبة القصوى. ولكن إذا بقى الفعل المعاقب عليه مؤكدا لاشبهة فى توافر أركان الجريمة، وجب التعزير. وفى غير هذه الحالة، أى إذا لم تتوافر أركان الجريمة التعزيرية يكون تطبيق المبدإ عاما يترتب عليه عدم تجريم الفعل، فلا تطبق عقوبة تعزيرية عند وجود شبهة فى ثبوت الفعل أو توافر شروط العقاب عليه.

وقد أوضح فقيهنا أن تبرئة المتهم تكون واجبة إذا كانت الشبهة قائمة فى توافر ركن من أركان الجريمة ذاتها (لا فى الظرف المشدد وحده)، وبخاصة ركن القصد الجنائى فى الجرائم العمدية كالزنا، أو ركن الأهلية وتوافر شروط المسئولية الجنائية، أو ركن المحل فى السرقة مثلا إذ يشترط أن يكون المال مملوكا للغير ...

وأدق من ذلك وجود شبهة فى الإثبات. فقد فرق بين الدليل القانونى المشترط لتوقيع الحد، مثل الإقرار فى جريمة الزنا (ومثله توافر أربعة شهود)، فإن العدول عن الإقرار (أو عدم توافر أربعة شهود) لا يترتب عليه الحكم بالبراءة حتما، إذا ثبت الفعل المعاقب عليه بدليل آخر وكان يستوجب التعزير رغم عدم ثبوت الظرف المشدد .

هنا يسقط الحد فقط، ونحن نرى أنه يمكن تعزير المتهم إذا كان الفعل المكون للجريمة ثابتا بأدلة أقل من الدليل القانونى المشترط لوجوب الحد، وما نقله عن فقهائنا فى هذا الصدد يؤكد ما قلناه من أن الأدلة القانونية مثل توافر أربعة شهود أو الإقرار فى الزنا إنما تشترط لثبوت الظرف المشدد وحده. فعدم توافرها لا ينفى ثبوت

{ب/٢٥٢}

العلاقة الجنسية المحرمة أو الفاحشة أى الفعل المكون للجريمة التعزيرية الذى يخضع فى إثباته للقواعد العامة وهى الأدلة الاقناعية بما فيها القرائن....

ويؤكد قولنا ما صرح به فى السطر الأخير من هذا البند (ص ب/238) من أن المسألة على كل حال متروكة لتقدير القاضى .

وقد بلغ فقهنا أقصى درجات الدقة عندما ميزوا العدول عن الإقرار الصحيح، وقالوا إنه يسقط الحد فقط لكنه لا يعدم الدليل ذاته الذى يبقى إذ يجوز عَدُّه فى مستوى القرينة التى قد تكفى لإقناع القاضى بوقوع الفعل وثبوت أركان جريمة المعاشرة خارج الزواج، والتى تُعَدّ عرفا زنا، وإن كان يمكن قصر تسمية الزنا على الجريمة الحدية وحدها، وإعطاء الجريمة التعزيرية اسما آخر مثل الفاحشة .

ويؤيد ذلك قوله تعالى عن الزنا إنه كان فاحشة ومقتا. فالفاحشة هى كل معاشرة لامرأة خارج نطاق الزواج، ولو لم تصاحبها العلانية التى تثبت بأربعة شهود رؤية، أو إقرار قضائى متكرر. فإذا لم يتوافر الدليل القانونى المذكور بسبب العدول عن إقرار صحيح دون إكراه أو عدم توافر الشهود الأربعة، فلا يتوافر الظرف المشدد الذى يستوجب الحد، وفى هذه الحالة يستبعد الإقرار كدليل قانونى لكنه يبقى كقرينة يمكن أن تقنع القاضى بوقوع فعل يستحق التعزير، على حد قوله رغم أنه لا يصلح (أو بالأصح لا يكفى) لوجوب الحد. وتأكيدا للمبدإ العام فى الأدلة الإقناعية، يقول: "إن المسألة على كل حال متروكة لتقدير القاضى، فإن اقتنع أن الإقرار صحيح (كقرينة قضائية فقط) رغم العدول عنه عاقب من عدل عن إقراره الصحيح بالتعزير لأن الجريمة التعزيرية تكون أركانها ثابتة بهذه القرينة التى لا تصل إلى حد "الاعتراف القضائى" المشترط لثبوت الظرف المشدد فى جريمة الزنا. وقد بينا فى موضع آخر أن هذا الظرف المشدد لا يثبت إلا بوجود أربعة شهود رؤية أو الاعتراف العلنى القضائى المصر عليه، وقد استخلصنا من ذلك أن الظرف المشدد هو "العلانية الفاضحة التى تشيع الفاحشة فى المجتمع"، وهذه العلانية هى التى يلزم لثبوتها الإقرار العلنى القضائى المصر عليه أو الشهود الأربعة بشرط أن يكونوا شهود رؤية .

ننتقل الآن إلى الصورة الأخرى التى كان موقف الفقه فيها حاسما، وهو حالة الإقرار غير الصحيح أو الباطل لأنه وقع نتيجة إكراه أو تعذيب، إذ ينقل عن فقهائنا أن الحكم هنا يختلف عن الحكم فىحالة "العدول عن إقرار صحيح"، إذ يقولون بوجوب الحكم بالبراءة لانعدام الدليل .

❁ الشبهات قد تدرأ التعازير أيضا :

فى هذا يكون حكم الفقه فى أقصى صور الدقة، إذ يرون أن الإقرار نتيجة تعذيب أو تهديد أو تخويف يكون منعدما كدليل شرعى ولا يمكن عَدُّه فى مستوى القرائن القضائية التى يجوز للقاضى أن يبنى عليها اقتناعه بثبوت أى فعل جنائى .

وقد نقل لنا حديث ابن عمر الذى دل على أن بطلان الإقرار وانعدامه قد يكون نتيجة لمجرد "تجويع أو تخويف أو مجرد توثيق أى تقييد المتهم ...." .

هذا هو الفقه الراقى الذى فرضته سنة نبينا الكريم منذ أربعة عشر قرنا فى حين أن القوانين الوضعية فى كثير من البلاد التى تدعى الرقى والتقدم لم تصل إلى هذا الحد للآن ...

وأسوأ من ذلك ما يسير عليه العمل فى بعض البلاد من ممارسة الإكره والتعذيب والتخويف والتهديد على الأفراد – برغم وجود نصوص تحرم ذلك – لانتزاع اعتراف أو إقرار يكون فى شريعتنا باطلا ولاأساس له، ولايجوز أن يكون أساسا لتوقيع حد أو تعزير أو مساءلة من أى نوع ..

إن استبعاد الدليل القانونى المشترط لثبوت الظرف المشدد الموجب لعقوبة الحد أو القصاص لا يسرى على التعازير، لأن الأدلة فيها إقناعية وتقديرية للقاضى. وهذا الأصل لايطبق فى الحدود والقصاص، فإن من رحمة الشارع الحكيم أنه قيد الحكم بها باشتراط توافر أدلة قانونية عينها النص بقصد تقليل حالات توقيع تلك العقوبات القصوى المقدرة .... واستنبط الفقه من ذلك أنه فى حالة عدم توافر الدليل القانونى الاستثنائى (كالاعتراف أو شهادة عدد من الشهود) تستبعد العقوبة المقدرة حدا أو قصاصا، لكن فى حالة اقتناع القاضى بثبوت فعل معاقب عليه تعزيرا بالأدلة الإقناعية يترتب على ذلك بقاء حق القاضى فى تعزير المتهم رغم سقوط الحد .

معنى ذلك، أن الشبهة التى تدرأ التعزير هى التى تعدم الدليل الاقناعى وتبطله. أما الشبهة التى تدرأ الحد، فهى تنصب فقط على الدليل القانونى الذى فرضه النص لكى تجب العقوبة المشددة التى لا تثبت إلا بالدليل القانونى الاستثنائى الذى اشترطه لثبوت الظرف المشدد، برغم أنه قد يوجد دليل إقناعى أقل منه يكفى لثبوت الفعل وتوافر جميع أركانه التى توجب التعزير ... الذى قلنا بأنه يمكن أن يتجاوز نطاق العقوبات ويكون مجرد تدبير وقائى أو تعبدى يجوز اتخاذه قبل وقوع أى جريمة، بقصد منع ارتكابها ...

عوده ١٨٣ـ *المبدأ الثاني تفضيل الخطأ في العفو*: من المبادئ العامة المقررة فى الشريعة أن الخطأ فى العفو خير من الخطإ فى العقوبة. وأصل هذا المبدإ قول الرسول عليه السلام: "إن الإمام أن يخطئ فى العفو خير من أن يخطئ فى العقوبة). ومعنى هذا المبدإ أنه لايصح الحكم بالعقوبة إلا بعد التثبت من أن الجانى ارتكب الجريمة–٢٢٥–، وأن النص المحرم منطبق على الجريمة، فإذا كان ثمة شك فى أن الجانى ارتكب الجريمة، أو فى انطباق النص المحرم على الفعل المنسوب للجانى، وجب العفو على الجانى أى: الحكم ببراءته؛ لأن براءة المجرم فى حال الشك خير للجماعة، وأدعى إلى تحقيق العدالة من عقاب البرىء مع الشك.

ومبدأ الخطإ فى العفو ينطبق على كل أنواع الجرائم، فهو ينطبق على جرائم الحدود، وجرائم القصاص والدية، وجرائم التعازير .

ويمكن القول بأن مبدأ درء الحدود بالشبهات على أهميته يُعَدّ تطبيقا لمبدإ الخطأ فى العفو على الأقل فى الحالات التى يؤدى فيها درء الحد لتبرئة الجانى .

الصدر تعليق "رقم–٢٢٥–": بالطريق الذى عينه الشارع .

الشاوى رأينا فى "تعليق–٢٢٥–": السيد الصدر يضيف تحفظا دقيقا بأن العقوبات لايجوز فرضها إلا إذا كان ثبوت ارتكاب المتهم للجريمة قد تم – (بالطريق الذى عينه الشارع الحكيم)، أى أن يستبعد مشروعية توقيع العقاب المقرر فى حالة مإذا ادعى بارتكاب الشخص لجريمة ما لكن لم يتوافر لها الدليل "الذى عينه الشارع" حسب قوله – مهما تكن صعوبة توافر هذا الدليل أو ندرة وجوده كما فى بعض جرائم الحدود كالزنا حيث يعين النص القرآنى الدليل المقبول بأربعة شهود رؤية لإمكان فرض عقوبة الحد. وهذا تحفظ صحيح نؤيده، لأنه مبنى على القواعد العامة، برغم أنه ينسب هذا القول إلى فقهاء مذهبه الجعفرى كما هو الشأن فى التعليق التالى.

وهذا الشرط يطبق أيضا فى التعازير برغم أن الأدلة فيها إقناعية خاضعة لتقدير القاضى، إلا أنها لابد أن تكون أدلة صحيحة، أما إذا كانت باطلة لأنها وجدت نتيجة عمل محرم مثل تفتيش باطل أو إكراه وتعذيب أو تجسس أو غير ذلك من الأعمال المحرمة فلا يجوز لقاضى التعازير أن يأخذها فى حسبانه ولا أن يحكم بالتعزير بناء عليها .

عوده ١٨٤ ـ *القانون والشريعة* : وتأخذ القوانين الوضعية بصفة عامة بطريقة الشريعة فى التفسير. وإذا كانت القوانين تميل إلى تقييد سلطة القاضى-٢٢٦- فى تفسير النصوص الجنائية، إلا أن المحاكم اتجهت تحت تأثير الضرورات العملية، والرغبة فى حماية المصالح العامة، إلى التوسع فى تفسير النصوص الجنائية. من ذلك أنها اخترعت نظرية التسليم الضرورى فى السرقة؛ لحماية الجمهور من ضرب من ضروب السرقة، لايدخل تحت نص القانون إذا أخذ بنظرية التفسير الضيق. وكذلك عَدَّت المحاكم الكهرباء منقولا؛ لتعاقب على اختلاسها بعقوبة السرقة، كذلك عاقبت على سرقة أكفان الموتى. والقاعدة التى تتبعها المحاكم يحبذها أكثر الشراح، وهى عين الطريقة التى تأخذ بها الشريعة الإسلامية .

والقاعدة فى القانون أن يفسر كل شك لمصلحة المتهم. وتطبيق هذه القاعدة قد يؤدى إلى تخفيف عقوبة الجانى، وقد يؤدى إلى تبرئة المتهم. فمثلا إذا شكت المحكمة فى توافر ركن الإكراه فى السرقة بالإكراه، فسر هذا الشك لمصلحة المتهم، وعُدَّت الواقعة سرقة عادية، وعوقب عليها بعقوبة الجنحة بدلا من عقوبة الجناية. وإذا شكت المحكمة فى ثبوت الجريمة، أو فى توافر ركن من أركانها، حكم ببراءة المتهم. ويتبين من هذا أن تفسير الشك لمصلحة المتهم فى القانون، يقابل فى الشريعة درء الحد بالشبهات، وتفضيل الخطإ فى العفو ويؤدى إلى نفس لنتائج هذين المبدأين[1] .

الصدر تعليق "رقم-٢٢٦-": وإلى ذلك يذهب فقهاء المذهب الجعفرى، وفيما إذا لم يكن القاضى مجتهدا فإن عليه أن يرجع فى تفسيره إلى مجتهد من المجتهدين .

الشاوى رأينا فى "تعليق-٢٢٦-": نرى تأييده لقول فقيهنا بأن شريعتنا السمحاء سبقت القوانين الوضعية فى وضع الأحكام التى تقيد سلطة القضاء الدنيوى لأنه ليس الحاكم الأخير بل الحكم لله سبحانه وتعالى يوم الدين بعد البعث والنشور. فالأساس عندنا عقيدى يبدأ بالإيمان بعدالة الله يوم البعث والنشور ... الذى لاتهتم به القوانين الوضعية "الحديثة".

فضلا عن ذلك يشير السيد الصدر إلى اتجاه فقهاء الجعفرية إلى تقييد سلطة القاضى غير المجتهد، وتلزمه بأن يرجع فى تفسير النص إلى مجتهد من المجتهدين – والفقه السنى لايختلف فى ذلك، وهذا هو مايجعلنا نلح فى المطالبة بقيام أهل الاجتهاد بالتقنين حتى يلتزم به القضاة غير المجتهدين فى عصرنا الحاضر. لكن مع ذلك نرى أن المقلد سواء كان قاضيا أو فردا له دور فى تفسير النصوص طالما أنه يلتزم بتنفيذها، ويكون ذلك واجبا حتميا إذا لم يجد فى مذهبه مايكفى لذلك أو لم يجد مجتهدا يرجع إليه .

---

(١) القانون الجنائى لعلى بدوى ص ١٠٦ – ١١٠، شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص ١١٤ – ١١٥ .

۞ 183، 184 – التوسع فى التبرئة خير من التوسع فى العقاب، لأن الجزاء فى الآخرة هو الأساس :

يشير إلى حديث آخر يوجب على القاضى عند الشك فى الإدانة الحكم بتبرئة المتهم؛ لأن تبرئة المتهم فى حالة الشك خير من إدانته. وهذا المبدأ يقابل عملا المبدأ الحديث الذى أشرنا إليه من قبل. وقد انتهز هذه الفرصة ليؤكد أن الفقه العصرى قد توصل أخيرا إلى ما قررته الشريعة قبله منذ قرون طويلة ... وهذا يؤكد السبق الزمنى للشريعة على القوانين الوضعية؛ فضلا عما أشرنا إليه من التفرقة الموضوعية بين القاعدتين التى أشرنا إليهما سابقا .

ويجب أن نلاحظ أن شريعتنا لم تقرر ذلك ارتجالا أو من باب العواطف الإنسانية، كما يقول بعض شراح القوانين الوضعية، وإنما كان ذلك نتيجة لما قدمناه من أن العقاب الدنيوى ليس هو الجزاء الوحيد على الانحراف والإجرام، وأن تبرئة المتهم لوجود شبهة لن تعفيه من العذاب والجزاء يوم القيامة الذى يفرضه عليه ملك يوم الدين العادل القادر الذى يعلم خائنة الأعين وما تخفى الصدور، وعلمه بالحقيقة لا يرد عليه شك؛ فالشك قد ينفع المجرم فى الدنيا وأمام قضائها، لكن لا وجود له يوم الحساب فى الآخرة يوم تشهد عليهم أيديهم وأرجلهم بما ارتكبوا ... فلا محل للشبهات هناك .

أما القوانين الوضعية، فلا تعترف بالجزاء يوم الدين؛ وعندما تبرئ المتهم لوجود شبهة رغم أنه قد يكون هو الجانى فعلا، يكون لسان حالها كأنه يقول له : لقد نجحت فى تضليل القضاء بفضل حيلتك أو ظروف قضيتك وفصاحة محاميك، ونلت البراءة مكافأة لك على حظك السعيد وشطارتك أو على كفاءة محاميك المدافع عنك. أما غيره الذى لا مال عنده ليستعين بكبار المحامين ويدفع لهم الملايين، فهو الذى توقع عليه العقوبة لا جزاء على جريمته فقط بل جزاء على فقره الذى لم يمكنه من دفع أتعاب محام كبير يمكنه من إثبات وجود شبهة تزعزع اقتناع القاضى بأدلة الاتهام ...

هذا هو الفرق بين عدالة السماء فى شريعتنا، وعدالة القوانين "الوضعية" .

المبحث الرابع
فى تعارض الأحكام (أى النصوص) ونسخها

(عوده) ١٨٥ـ *التعارض* : إذا تعارض نصان فى قوة واحدة: كآيتين، أو آية وسنة متواترة، أو سنتين متواترتين، أو حديثين مشهورين، أو خبرين من أخبار الآحاد، وعلم تاريخ ورود كل من النصين المتعارضين كان اللاحق منهما ناسخا للسابق-٢٢٧-.

وإذا لم يعلم تاريخ ورود النصين المتعارضين، رجح أحدهما على الآخر بطريق من طرق الترجيح. والترجيح إما أن يكون من ناحية المتن، وإما من ناحية السند، فمن جهة المتن يرجح الأقوى دلالة-٢٢٨-، فيرجح المفهوم بالعبارة على المفهوم بالإشارة وهكذا -٢٢٩-، ويرجح المحكم على المفسر-٢٣٠-، والمفسر على النص وهكذا، ويرجح العام على المخصص-٢٣١- .

(الصدر) تعليق "رقم-٢٢٧-": إذا لم يمكن الجمع بينهما عرفا وكانا متباينين عند العرف. وأما مع إمكان الجمع بينهما عرفا وكون أحدهما فى نظر العرف مفسرا للآخر أو حاكما عليه أو مخصصا أو مقيدا له، على التفصيل الذى ذكرناه آنفا، فلا ريب فى تقديم المفسر، ولايكون هناك تعارض واقعى، وإن توهم ذلك فى النظرة الأولى .

(الشاوى) رأينا فى "تعليق-٢٢٧-": لاشك فى أن وجود تعارض بين نصين يحتاج إلى توافر شروط عديدة قد يختلف فيها المفسرون. ويشير السيد الصدر إلى الشروط التى يجب مراعاتها قبل القول بوجود تعارض — لأن التعارض أمر استثنائى لايجوز القول به دون التأكد من توافر شروطه.

(الصدر) تعليق "رقم-٢٢٨-": ليست الأقوائية دائما سببا للترجيح، ولايخرج الدليلان عن التعارض مالم يكن أحدهما مقدما على الآخر عرفا ومفسرا له كما مر ذلك علينا سابقا .

(الصدر) تعليق "رقم-٢٢٩-": إذا كان المفهوم بالإشارة ملازما لعبارة النص، لايمكن انفكاكه عنه فلا وجه لتقديم مفهوم العبارة عليه، لأن كلا منهما مستفاد من النص فيقع التعارض بينهما إلا أن يكون أحدهما قرينة على الآخر عرفا كما مر عليك ذلك سابقا .

(الصدر) تعليق "رقم-٢٣٠-": لاوجه لترجيحه بعد كون كل منهما نصا فى المدعى ولا يخرجان عن التعارض إلا إذا كان أحدهما قرينة على الآخر عرفا كما مر عليك ذلك آنفا .

(الصدر) تعليق "رقم-٢٣١-": أى العام الذى لم يخصص على العام الذى خصص فيما إذا وقع التعارض بين العام الأول وبين مابقى تحت العام الثانى بعد تخصيصه ولا وجه لتقديم الأول مالم يكن مفسرا عرفا للثانى، كما أن الثانى يقدم إذا كان مفسرا للأول وقرينة عليه عرفية بل =

عوده ومن جهة السند يرجح الخبر الذى رواته من أهل الفقه والأمانة على غيرهم -٢٣٢- .

وإذا لم يرجح أحد النصين المتعارضين على الآخر، يجمع بينهما بطريق من طرق الجمع والتوفيق-٢٣٣-، وهذا يكون بتخصيص أحد النصين لحالة، وتخصيص الآخر بحالة أخرى، أو يجعل أحد النصين مبينا الحكم الدنيوى، والثانى مبينا الحكم الأخروى، أو يجعل أحدهما حقيقيّا، والثانى مجازيّا أو بغير ذلك .

= اللازم تقديم الثانى إذا أصبح بعد تخصيصه نصا فيما بقى تحته بأن يكون تقديم العام الأول عليه لايبقى للعام الثانى فردا له.

الشاوى رأينا فى "التعليقات من رقم-٢٢٨- إلى-٢٣١-": يطبق الشروط التى ذكرها فى التعليق السابق، وقد يمكن التساؤل عن المفهوم من العرف الذى يشير إليه بشأن الجمع بين النصوص أو التوفيق بينها - ونرجح أنه يقصد بذلك مايسير عليه جمهور العلماء أو أغلبيتهم .

الصدر تعليق "رقم-٢٣٢-": ذهب كثير من فقهاء المذهب الجعفرى إلى ترجيح الخبر الذى يوصف رواته بالفقاهة والورع أكثر من الآخر، ويستندون فى ذلك إلى خبرين يروى أولهما ابن حنظلة عن الإمام جعفر بن محمد الصادق (ع)، ويروى الثانى زرارة عن الإمام جعفر الصادق أيضا. وذهب جماعة إلى عدم الترجيح بصفات الراوى لضعف سند الحديثين اللذين استدلت بهما الطائفة الأولى مع عدم دلالة رواية حنظلة لأن موردها التعارض بين الحكمين لا الروايتين، وقد ظهر من بيان حجة الطرفين أن الرجحان مع القول الثانى .

الشاوى رأينا فى "تعليق-٢٣٢-": يؤكد ماقلناه من قبل من أن الشيعة يعطون الأولوية للأخبار المعتمدة، رغم ما قد يوجد بينها من تعارض فى نظره وهو يذكر أمثلة لهذا التعارض.

ويسرى أنه يرجح القول بأن التعارض يضعف سند الحديثين المتعارضين معا، وكنا نود لو أنه أشار فى هذه الحالة إلى وجوب الالتزام بالمبادئ العامة واستنباط الحكم منها مباشرة ... وأن تكون هى التى ترجح بين الأخبار المتعارضة .

الصدر تعليق "رقم-٢٣٣-": إذا كان هناك جمع عرفى بين الدليلين فلا يقع التعارض بين الدليلين ليحتاج إلى الترجيح، وأما مع عدم وجود جمع عرفى بينهما فلا مجال للتوفيق بينهما لمجرد إمكان ذلك ولايخرج الدليلان بمجرد إمكان الجمع بينهما عن التعارض مالم تقم قرينة عرفية على هذا الجمع فلا يمكن تخصيص كل من النصين بحالة أو جعل أحدهما لحكم دنيوى والآخر لحكم أخروى أو أحدهما حقيقى والآخر مجازى مالم تقم قرينة على ذلك ومع قيام القرينة فلا تعارض، فلا يحتاج إلى الترجيح.

﴿عوده﴾ وإذا لم يعلم تاريخ ورود النصين المتعارضين، ولم يقم دليل على رجحان أحدهما على الآخر-٢٣٤-، ولم يمكن الجمع والتوفيق بينهما، عدل عن الاستدلال بهما إلى الاستدلال بما دونهما مرتبة، فإن كان التعارض بين متواترين عدل عنهما إلى خبر الآحاد-٢٣٥-.

ويراعى دائما فى حالة الترجيح، والجمع، والتوفيق، عدم الخروج على مبادئ الشريعة العامة وروح التشريع، فتكون الموازنة بين الأدلة قائمة على ضوء مقاصد الشارع والمبادئ العامة-٢٣٦-.

[الصدر] تعليق "رقم-٢٣٤-": بالمعنى الذى ذكرناه آنفا من الرجحان بحسب الفهم العرفى .

[الصدر] تعليق "رقم-٢٣٥-": مر علينا قريبا إمكان الاستدلال بأخبار الآحاد حتى مع وجود آية مباركة أو سنة متواترة كما مر علينا قريبا ذلك، كما مر علينا إمكان تخصيص الكتاب والسنة المتواترة بأخبار الآحاد .

[الصدر] تعليق "رقم-٢٣٦-": ويؤخذ ذلك فى مقام الترجيح من الأدلة المثبتة لكيفية الترجيح .

[الشاوى] رأينا فى "التعليقات أرقام-٢٣٣- إلى-٢٣٦-": يضيف ملاحظاته على الجمع والتوفيق بين النصوص المتساوية فى القوة، وكل ذلك يدخل فى نطاق تفسير النصوص .

وقد سبق أن قلنا إننا لانقر الغلو فى الاعتماد على "أخبار الآحاد" إذا تعارضت مع المبادئ العامة، التى هى فى نظرنا مرجح أولى بالاعتبار من أخبار الآحاد. وهذا ردنا على ماقاله فى التعليق رقم-٢٣٥-، وخلاصته أن أخبار الأحاد لايجوز الاعتماد عليها فى تخصيص نصوص الكتاب والسنة، إلا إذا كانت المبادئ العامة هى التى تستلزم التخصيص؛ فالعبرة عندنا فى هذه الحالة بالمبادئ العامة ويؤيدنا ماقاله فقيهنا فى الفقرة الأخيرة ...

185 – النظريات والمبادئ العامة :

بعد استعراضه لضرورات الترجيح والجمع والتوفيق بين "النصوص" لإزالة شبهة التعارض بينها؛ أشار فقيهنا إلى المبدإ الأساسى الذى يجب الالتزام به، وهو ما سماه "عدم الخروج على مبادئ الشريعة العامة وروح التشريع ومقاصد الشارع والأصول الأساسية"– التى قلنا إنها أساس النظريات التشريعية .

إن كل ما يقال فى هذا الفصل عما وصفه البعض بالتعارض بين "النصوص" يرجع فى الأصل إلى ضرورات التدرج الزمنى؛ فالأصل أن الوحى قد سار على سنة "التدرج" فى التشريع؛ وقد يكون التدرج صعوديا أو نزوليا – فيكون صعوديا إذا بدأ بحكم فرعى أو محدود ثم وصل إلى المبدإ العام، وبالعكس فإن التدرج يكون نزوليا عندما يقرر مبدأ عاما ثم يخصصه بعد ذلك بنص أو سنة عملية .

ومهمة المجتهد هى معرفة نوع التدرج مستعينا بما وصل إلى علمه من تاريخ وظروف نزول النصوص أو السيرة النبوية، فإذا عجز عن معرفة اتجاه التدرج الزمنى فإن الواجب هو الاستعانة بالأصول العامة التى وصفها بأنها روح التشريع والمبادئ العامة ومقاصد الشريعة؛ وهى التى يستعان بها فى وضع النظريات العامة. وهذا ما يؤكد أهمية التوسع فى التنظير فى المرحلة الحالية والمستقبل بسبب تعقد العلاقات الاجتماعية وزيادة المشكلات الإنسانية .

أولى مزايا النظريات هى أنها تساعدنا فى عملية التوفيق والترجيح بين الآراء والنصوص المختلفة، وتقدم لنا الوسائل الكفيلة بإزالة الظن بوجود تعارض بين النصوص والأحكام والآراء .

إننا نفضل منتهى الحذر، حتى لا يتوسع البعض فى ادعاء النسخ دون مبرر أو موجب لذلك، ونكتفى بالقول بأنه ثبت تخصيص بعض النصوص العامة، كما فى حالة الفاحشة التى فرض فيها الإمساك فى البيوت بالنسبة للزوجات اللاتى يتهمن بها.

❁ عفو الزوج عن زنا زوجته دليل على توبتها :

ونحن نفضل فى هذه الحالة القول بأن هذا "الإمساك فى البيوت" هو من وسائل التعزير التى يمكن الحكم بها عند سقوط الحد بسبب من الأسباب – والسبب هنا فى نظرنا هو حق الزوج فى العفو عن الحد، والاكتفاء بالتعزير، وحق الزوج فى العفو عن حد الزنا وإن لم يرد به نص كما ورد فى شأن حق أولياء الدم أو المجنى عليهم فى العفو عن القصاص .

إننا نفضل أن نَعُدّ هذا النص على أنه يعطى للزوج حق العفو عن الحد الذى تستحقه الزوجة، ونكتفى فى هذه الحالة بتعزيرها بإمساكها فى بيتها..حتى يتوفاها الله .. بدليل قوله تعالى : ﴿فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما﴾ [النساء: ١٦]– والذى له الحق فى تقرير هذه التوبة هو الزوج بالنسبة لزوجته والقاضى بالنسبة لشريكها فى الزنا .

﴿عوده﴾ ١٨٦ ـ *النسخ* : هو إبطال حكم تشريعى بدليل يدل عليه صراحة أو ضمنا إبطالا كليًا أو جزئيًا لمصلحة اقتضته .

فالنسخ الصريح هو أن يصدر تشريع ينص صراحة على إبطال تشريع سابق. ومثال ذلك ماحدث فى تشريع الزنا، فقد كانت العقوبة أول الأمر الحبس فى البيوت والإيذاء، وذلك قوله تعالى : ﴿واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فإن شهدوا فأمسكوهن فى البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا * واللذان يأتيانها منكم فآذوهما فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما إن الله كان توابا رحيما﴾[النساء:١٥،١٦].ثم نسخ ذلك صراحة-٢٣٧- بقوله تعالى : ﴿الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾،[النور:٢]. وبقول رسول الله ﷺ : "خذوا عنى فقد جعل الله لهن سبيلا؛ البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام، والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة". ومثل النسخ الصريح أيضا قول الرسول عليه السلام: "كنت نهيتكم عن زيارة القبور، ألا فزوروها، فإنها تذكركم الحياة الآخرة".

[الصدر] تعليق "رقم-٢٣٧-": مر آنفا أن الآية المباركة لايمكن نسخها إلا بآية متصلة بها فلا تكون هذه الآية ناسخه للآية الأخرى. ولو سلمنا إمكان نسخ القرآن الكريم بآية منفصلة عنه فلا دليل على كون الآية الثانية ناسخة للآية الأولى لأن النسخ متوقف على ثبوت التعارض بين الآيتين، والتعارض إنما يكون مع اتحاد مورد الآيتين وعدم إمكان اجتماع الحكمين، وكلا الأمرين محل منع .

أما نفى اتحاد مورد الحكمين فلعدم اختصاص الفاحشة بالزنا، فإن معنى الفاحشة عرفا ماتزايد قبحه وتفاحش، فقد يكون بين رجل وامرأة فيكون زنا فى الإيلاج، وملاعبة بدونه، وقد يكون بين امرأتين فيكون مساحقة، وقد يكون بين ذكرين فيكون لواطا مع الإيلاج وملاعبة بدونه. فليست الآية الأولى نصّا فى الزنا بل هى شاملة له بالعموم، والآية الثانية مختصة به فتخصص الأولى وتخرج الزنا من عمومها وتجعلها مختصة بما سواه .

كما لادليل على عدم اجتماع الحكمين لإمكان اجتماعهما فإن الحكم فى الآية الأولى حكم وقائى شرع لمنع المرأة من إتيان الفاحشة مرة أخرى والحكم الثانى شرع للتأديب على الجريمة الأولى.

[الشاوى] رأينا فى "تعليق-٢٣٧-": يسرنا أن وجدنا لأول مرة إشارة إلى "الحكم الوقائى" للسيد الصدر الذى نؤيد ماأورده من إمكانية التوفيق بين الآيتين المشار لهما فى الصلب على أساس أن الأولى حكمها "وقائى لسد باب الوقوع فى الفاحشة عموما"، فى حين أن حد الزنا يقرر عقوبة لاتوقع إلا استثناء متى توافرت شروط الحد . فلا داعى للكلام على التعارض .

⟨عوده⟩ والنسخ الضمنى هو أن يصدر الشارع تشريعا لاحقا لاينص فيه صراحة على إبطال التشريع السابق، ولكنه يأتى فى التشريع اللاحق بأحكام تعارض أحكام التشريع السابق، بحيث لايمكن التوفيق بين التشريعين إلا بإلغاء أحدهما، فيعتبر اللاحق ناسخا للسابق ضمنا.

والنسخ الكلى هو إبطال تشريع سابق إبطالا كليًا بالنسبة لكل فرد من أفراد المكلفين.

والنسخ الجزئى-٢٣٨- هو أن يجىء التشريع عامًا شاملا كل فرد مكلف، ثم يلغى بالنسبة لبعض الأفراد. ومثال ذلك حكم القذف، فقد كان عاما ثم نسخ-٢٣٩- بالنسبة إلى الأزواج فقط حيث شرعت لهم الملاعنة .

[الصدر] تعليق "رقم-٢٣٨-": ماأسماه المؤلف بالنسخ الجزئى من مصاديق التخصيص للدليل العام السابق، ولعل مراده منه هو الخاص المتأخر الذى يخرج بعض أفراد العام من حين مجىء الخاص لا من أول الأمر .

[الشاوى] رأينا فى "تعليق-٢٣٨-": نحن نوافق السيد الصدر فى أنه لاداعى لوصف "التخصيص" بأنه نسخ جزئى – لأن الإسراف فى القول بالنسخ يخل بهيبة النصوص وقوتها، ولذلك نؤيد ماقاله بأن الملاعنة لايجوز اعتبارها نسخا، بل هى وسيلة لإسقاط الحد عن الزوج القاذف تطبيقا لمبدإ درء الحدود بالشبهات .

[الصدر] تعليق "رقم-٢٣٩-": لامعارضة بين الحكمين ليكون الثانى ناسخا للأول لأن قذف الزوج يكون سببا لحده كقذف غيره ودليل الملاعنة لم ينف ذلك وإنما جعل للزوج طريقا لرفع الحد عنه بالملاعنة.

عوده ١٨٧ ـ *محل النسخ* : محل النسخ هو الأحكام التشريعية، وليست نصوص القرآن والسنة كلها قابلة للنسخ، بمعنى أن ماورد به نص سابق يمكن أن ينسخه نص لاحق، فهناك نصوص محكمة لاتقبل النسخ بحال وهى-٢٤٠- :

أولا : النصوص التى تضمنت أحكاما أساسية كالنصوص التى أوجبت الإيمان بالله ورسله وكتبه واليوم الآخر، والنصوص التى جاءت بأصول العقائد والعبادات، والنصوص التى قررت أمهات الفضائل كالصدق والعدل وأداء الأمانات، والنصوص التى حرمت الرذائل كالشرك بالله وقتل النفس بغير حق، والزنا والسرقة، والفساد فى الأرض، والظلم، وغير ذلك .

ثانيا: النصوص التى جاءت بأحكام مؤبدة كقوله تعالى فى قاذفى المحصنات: ﴿ولاتقبلوا لهم شهادة أبدا﴾ [النور: ٤].

ثالثا : النصوص التى دلت على وقائع وقعت وأخبرت عن حوادث ، كقوله تعالى : ﴿فأما ثمود فأهلكوا بالطاغية﴾[الحاقة: ٥]. وكقول الرسول: "نصرت بالرعب مسيرة شهر"؛ لأن نسخ الخبر تكذيب للمخبر به، والكذب محال على الشارع .

هذه الأنواع الثلاثة من النصوص لاتقبل النسخ وليست محلا له، أما ماعداها من النصوص فهو يقبل النسخ .

الصدر تعليق "رقم-٢٤٠-": أما ذكره أولا فهو وإن أمكن أن ينسخ إلا أنه يقطع بعدم نسخه للعلم ببقاء هذه الأحكام. وأما قوله سبحانه: ﴿ولاتقبلوا لهم شهادة أبدا﴾[النور: ٤]. فليس المراد منه عدم قبول شهادتهم مدى الدهر ليدل على أن هذه الأحكام لن تنسخ أبدا بل المراد لاتقبل شهادتهم بعد الحد وقبله فهى كغيرها من الأحكام قابلة للنسخ، وأما ما استثناه ثالثا فهو غريب لأن النسخ فى الأحكام لا فى الأخبار فهو خارج عن محل الكلام .

الشاوى رأينا فى "تعليق-٢٤٠-": الجدل الذى يثيره السيد الصدر حول "أصناف" النصوص المحكمة، لامحل له فى نظرنا، لأن الأولى عَدُّ جميع النصوص القرآنية محكمة والاكتفاء بذكر النصوص التى يقال إنها نسخت بصفتها هى الاستثناء – وليست القاعدة – إن الاستثناء له شروط وقيود لابد من مراعاتها .

إن كثيرين يجادلون فى القول بالنسخ حتى فى الحالات الاستثنائية أو فى كثير منها على الأقل، فيجب على من يقولون بالنسخ أن يسلموا بأن حالاته استثنائية : (بل مشكوك فيها) وأن الأصل العام هو أن النصوص القرآنية محكمة ... وبذلك يضيق الفاصل بين الرأيين فى التطبيق ويكون محصورا فى حالات محدودة هى محل جدل .

186، 187 – النسخ وموضوعه :

موضوع النسخ هو الأحكام التى وردت بها نصوص فى القرآن أو السنة. ويعترض كثير من الفقهاء على القول بالنسخ فيما يتعلق بنصوص القرآن الكريم، ويفسرون إشارة القرآن الكريم إلى نسخ "الآيات" بأن المقصود بها نسخ الآيات التى جاء بها الأنبياء السابقون بأحكام شريعة هذه الرسالة الخاتمة .

وقد أشار فقيهنا إلى أن محل النسخ لايمكن أن يمتد إلى النصوص التى وصفها بأنها "محكمة"، ويشير بذلك إلى أن القرآن ذاته أشار إلى وجود نصوص محكمة إلى جانب نصوص متشابهة يصفها الفقهاء بأن دلالتها ظنية، وهى وحدها التى يدخل عليها "النسخ".

ونحن نقر بكل ذلك، لكننا نضيف إلى ماذكره ما نَعُدّه المبدأ الأساسى والأول فى نظرنا والذى أشار إليه فيما سبق وهو ما سميناه وجوب مراعاة "الأصول والمقاصد والنظريات العامة" .

وقبل أن نعرض ما قدمه فى هذا الموضوع يجب أن أقر بأننى كنت أميل لترجيح أقوال المعارضين للنسخ فى القرآن الكريم وخاصة من المحدثين الذين كتبوا فى هذا الاتجاه، وحجتهم أنهم يخشون أن يكون فى القول بنسخ أحكام وردت فى نصوص الكتاب الكريم إخلال بقداسته وزعزعة ماقرره الفقه فى قدسية نصوصه. وقد عرض هذه الآراء وأيدها ودافع عنها صديقنا الأستاذ الدكتور الهاشمى التيجانى من علماء الجزائر المدققين، فى رسالته بعنوان "مذهب النسخ فى التفسير وأبعاده الاجتماعية" التى نشرت طبعتها الأولى فى الجزائر عام 1413 / 1993، وأعجبنا فيه توسعه فى عرض الخلافات حول تعريفه ومدلوله وأنواعه وخاصة فى التمييز بينه وبين التخصيص الذى لايجوز وصفه بأنه نسخ .

وعلى الرغم من أن من قالوا بوجود النسخ فى القرآن يقدمون حججا منطقية، فإننى أرى أن علماء عصرنا قد بذلوا جهودا محمودة لاستبعاد كل صور التعارض (الموهوم) بين بعض النصوص، التى استند إليها أسلافنا فى قولهم بوجود حالات النسخ، وإننى أرى أنهم على حق فى أنه يجب ألا نقول، ولا نقبل القول بنسخ آية من القرآن إلا بما هو نظير لها من آيات قرآنية لاحقة لها، وإننى أرى أننا يجب أن نتردد فى قبول القول بأن السنة يمكن أن يقال بأنها قد تنسخ بعض أحكام القرآن الكريم وخاصة إذا كانت من سنن الآحاد. ومن الواضح أن موضوع النسخ يدخل فى نطاق علم التفسير .

<عوده> ١٨٨ـ *متى كان النسخ ؟* : وإذا قلنا إن النصوص تقبل النسخ أو لاتقبله، فهذا القول فيما يتعلق بالقرآن والسنة، ينطبق على العهد الذى كان التشريع يترل فيه، وهو ينتهى بوفاة الرسول ﷺ، أما بعد وفاته فقد أصبحت نصوص القرآن والسنة محكمة جميعها لا تقبل النسخ-٢٤١-، ولا هى محل له، حيث لا توجد سلطة تملك تغيير-٢٤٢- ما أنزله الله على رسوله بعد انقطاع الوحى بوفاة الرسول .

[الصدر] تعليق "رقم-٢٤١-": النسخ بمعناه الواقعى غير معقول حتى أيام النبى (ﷺ)، لأن لازمه أن الله سبحانه وتعالى يحكم بحكم ثم يبدو له فساد هذا الحكم فيرفعه أو يبدله، وهذا مستحيل بالنسبة إليه سبحانه وتعالى. وإنما النسخ فى الأحكام الشرعية نسخ صورى بمعنى أن الحكم من أول الأمر موقت بوقت معين، ولكن اقتضت الحكمة الإلهية إظهاره بمظهر الحكم الدائم المستمر، ولما انتهى أمده أمر الله سبحانه وتعالى فى كتابه وعلى لسان نبيه بارتفاعه فكان شبيها بالنسخ الحقيقى. ثم إن مدة الحكم قد تنتهى أيام النبى (ﷺ) فيخبر (ﷺ) بانتهائها، وقد تنتهى بعده (ﷺ) فيخبر النبى (ﷺ) وصيه بظرف انتهاء مدته فيعلن الوصى انتهاء المدة حينما يتحقق ذلك الظرف، فلا فرق فى استحالة النسخ الحقيقى وإمكان النسخ الصورى بين أيامه (ﷺ) ومابعد وفاته.

[الصدر] تعليق "رقم-٢٤٢-": لاسلطة تملك تغيير ما أنزله الله سبحانه وتعالى إلا الله وحده، وإنما وظيفة النبى (ﷺ) الإخبار عن هذا التغيير. وكما يمكن للنبى أن يخبر بلسانه يمكن أن يخبر خليفته ووصيه من بعده بأن التغيير سيكون بعده، فحينما يتحقق ذلك الزمان وتنتهى مدة الحكم المنسوخ يخبر الوصى بذلك.

[الشاوى] رأينا فى "التعليقين-٢٤١-، -٢٤٢-": أنهما يؤكدان ماقلناه من وجوب التحرج من القول بالنسخ وأن الأفضل هو عَدُّه "صوريا" كما يشير السيد الصدر - لأن حكم النص "المنسوخ" كان مؤقتا أو "ظرفيا" توقف تطبيقه عندما زال الظرف أو الوقت الذى اقتضاه. لكننا لانقر بما قاله بشأن "وصى الرسول الكريم" الذى يدَّعى أنه يملك تغيير الأحكام أو الإخبار عن تغييرها ...

إن شريعتنا فتحت للأمة باب التجديد والاجتهاد - على أن ذلك لجميع أهل الاجتهاد، ولايمكن أن يختص به شخص أو هيئة بحجة أن هذا وصى أو خليفة ...

❁ 188 – زمن النسخ :

موضوع النسخ خاص بنصوص الكتاب والسنة وما قررته النصوص القطعية فى عهد الرسالة (بوحى صريح فى القرآن أو إقرار ضمنى فى السنة)؛ أما تطور الأحكام الاجتهادية أو الإجماعية فلا يسمى نسخا؛ وإنما هو نمو فى الأحكام وتجديد فيها، أو تطوير لها، لأن دلالتها ظنية ولذلك تقبل التعديل والتغيير والتطور.

ولهذا فإنه قال إن زمن النسخ هو فى فترة الوحي – أى فى حياة الرسول الأمين .

لكن ذلك لايمنع من أن يستمر الاجتهاد بشأن الترجيح والتوفيق والجمع بين النصوص فى جميع العصور، وهذا الترجيح والتوفيق هو مهمة المجتهدين والمفسرين والفقهاء، وليست خاصة بوصى أو خليفة .

بل إننا نشاهد تزايد الحوار والجدل بشأن النسخ ذاته فى العصر الحاضر، لأنه كان ومازال موضوعا للاجتهاد واختلاف الآراء. ويقال إن الاصفهانى أول من عارض القول بالنسخ، وكثير من المحدثين يعارض فكرة النسخ مثل الشيخ "محمد الغزالى" والدكتور "مصطفى زيد" .

وأحكام الفقه المستمدة من الإجماع أو الاجتهاد هى جزء من الشريعة بالمعنى العام، ولكنها أدنى درجات الأحكام الشرعية، فمشروعيتها مستمدة من استنباط أحكامها من الكتاب والسنة (وهى الشريعة بالمعنى الضيق) ..

ولذلك، فإن أحكام الفقه تكون أعلى من النظم الوضعية، ولا يجوز لتلك الأنظمة أن تخرج عن نطاقها أو تعطل أحكامها، سواء كانت مقننة أو متناثرة فى كتب الفقه .

وعلاقة الأنظمة الوضعية بأحكام الشريعة هى موضوع المبحث الخامس فى كتاب فقيهنا فيما بعد .

‹عوده› ١٨٩ـ *أيُّ النصوص تنسخ الأخرى؟*: القاعدة العامة فى الشريعة أن النص لاينسخه إلا نص فى قوته أو أقوى منه، وأن النص الأقل قوة لاينسخ نصا أقوى منه. والنصوص فى الشريعة مصدرها كما علمنا القرآن والسنة والإجماع والقياس-٢٤٣-، ومايصدره أولو الأمر من قوانين ولوائح وقرارات-٢٤٤-. والمصدران الأساسيان للشريعة هما القرآن والسنة-٢٤٥-، فهما اللذان جاءا بأسس الشريعة وأحكامها العامة والخاصة، أما بقية المصادر فهى لاتأتى بأسس شرعية جديدة، ولاتضع أحكاما عامة جديدة، وإنما هى طرق للاستدلال على الأحكام الفرعية من نصوص القرآن والسنة، فهى لايمكن أن تأتى بما يخالف القرآن والسنة؛ لأنها تستمد منهما وتستند على نصوصهما، وهذا ينطبق على الإجماع والقياس كما ينطبق على القوانين واللوائح

[الصدر] تعليق "رقم-٢٤٣-": وقد مر علينا سابقا أن القياس ليس من مصادر التشريع فى الفقه الجعفرى وأن رابع مصادر التشريع عند فقهاء المذهب الجعفرى هو العقل.

[الشاوى] رأينا فى "تعليق-٢٤٣-": جميع ماورد فى التعليقات على هذا البند سبق لنا الكلام عنها. فالتعليقات أرقام-٢٤٣- إلى-٢٤٦- تعيد ماقاله فى استبعاد القياس عند الجعفرية، ولانعتقد أنهم كانوا فى حاجة لذلك ماداموا يعُدّون "العقل" هو المصدر الرابع، لأن القياس فى نظرنا صورة من صور استعمال العقل، بل هى أولى الصور.

[الصدر] تعليق "رقم-٢٤٤-": تكون نافذة المفعول فى ظرف خاص، إذ ليس لأولى الأمر تشريع حكم دائمى مستمر .

[الشاوى] رأينا فى "تعليق-٢٤٤-": نرى أنه على حق لأن مايامر به "أولو الأمر" هى أحكام ظرفية ومؤقتة دائما. وقد عاد لتأكيد ذلك فى تعليقه رقم 247. هذا، مع تأكيدنا على أن أولى الأمر فى التشريع هم أهل الاجتهاد لا السلاطين والحكام .

[الصدر] تعليق "رقم-٢٤٥-": والأخبار المروية عن أئمة أهل البيت داخلة فى السنة لأنهم ينطقون عن لسان جدهم النبى (ﷺ)، وقد أمرنا (ﷺ) باتباعهم بقوله : "أهل بيتى كسفينة نوح، من تمسك بهم نجا، ومن تخلف عنهم هوى"، وبقوله (ﷺ) : "إنى مخلف فيكم الثقلين كتاب الله وعترتى أهل بيتى لن يفترقا حتى يردا عليَّ الحوض، ماأن تمسكتم بهما لن تضلوا أبدا" .

[الشاوى] رأينا فى "تعليق-٢٤٥-": تكرار لما قاله عن إعطائهم الأولوية لما يسميه "الأخبار المروية عن أئمة أهل البيت ..."، ونرى أن يتقيد ذلك بما يمليه العقل وماتوجبه المبادئ والنظريات العامة، وأن ترجيح أقوال الأئمة من آل البيت أساسه الثقة فى نزاهتهم وصلاحهم، وليس النصوص التى لايذكرها إلا المذاهب الشيعية .

﴿عوده﴾ التى يصدرها أولو الأمر. فالإجماع أساسه-٢٤٦- اتفاق المجتهدين على حكم شرعى متفق مع نصوص القرآن والسنة، فإن لم يكن نص فلا بد أن يكون متفقا مع مبادئ الشريعة العامة وروحها. والقياس أساسه إلحاق مالا نص فيه بما فيه نص من القرآن أوالسنة، والقوانين واللوائح تصدر من أولى الأمر؛ لتنظيم حال الجماعة على أساس القرآن والسنة، وتجب طاعتها-٢٤٧- كلما كانت صادرة على هذا الأساس، وإلا فلاطاعة لها ولا لمن أصدرها.

ويتبين مما سبق أن القرآن والسنة هما أساس الشريعة ومرجعها، وأنهما أقوى مصادر الشريعة وأعلاها درجة، أما بقية المصادر فهى تابعة للقرآن والسنة، وتقوم على نصوصهما. فالقرآن والسنة أصل وبقية المصادر فروع لهما، ولايمكن عقلا أن يكون الفرع مساويا للأصل ولاأقوى منه. وإذن، فمن المحال أن ينسخ القرآن أو السنة إجماع أو قياس(١) أو قانون أو لائحة.

أما نصوص القرآن فينسخ بعضها بعضا-٢٤٨-، وقد تنسخها السنة المتواترة؛ لأنها كلها قطعية وفى قوة واحدة.

[الصدر] تعليق "رقم-٢٤٦-": لايكون الإجماع معتبرا عند فقهاء المذهب الجعفرى مالم يكن كاشفا عن رأى نبى أو إمام معصوم، ولايكون كاشفا إذا خالف الكتاب والسنة فلا يكون معتبرا عندهم.

وأما القياس فلايعتمد عليه فقهاء المذهب الجعفرى إلا إذا حصل القطع بسببية الحكم الشرعى ولايمكن أن يكون سببا لحصول القطع بالحكم الشرعى مع مخالفته للكتاب أو السنة.

[الشاوى] رأينا فى "تعليق-٢٤٦-": نعُدّه غلوّا فى إقحام الادعاء بالكشف عن رأى "المعصوم" من أجل إنكار حجية الإجماع، لأن حجيته فى نظرنا أولى من هذه الافتراضات التى قد تثير خلافات وجدلا لانهاية له، وتغنينا عن ذلك الافتراض الذى لا أساس له ولا دليل عليه.

[الصدر] تعليق "رقم-٢٤٧-": فى زمان خاص كما مر علينا ذلك قريبا.

[الصدر] تعليق "رقم-٢٤٨-": مر علينا مرارا أن الآية المباركة لاتنسخ إلا بآية متصلة بها معلنة نسخها، فلا نسخ بآية منفصلة ولا بالسنة المتواترة فضلا عن أخبار الآحاد، إذ إن من المنافى للحكمة وجود آية فى القرآن لايعمل بها مع عدم قرينة على ذلك.

[الشاوى] رأينا فى "تعليق-٢٤٨-": يشير إلى الاتجاه الراجح لدى كثيرين من أن السنة لايمكن القول بأنها ناسخة لحكم قرآنى، سواء كانت متواترة أو آحادا.

---

(١) المستصفى للغزالى جـ١ص١٢٦، فواتح الرحموت فى شرح مسلم الثبوت جـ ٣ ص٨٤.

〈عوده〉 ونصوص السنة غير المتواترة قد ينسخ بعضها بعضا؛ لأنها فى قوة واحدة، وقد ينسخها القرآن والسنة المتواترة؛ لأنهما أقوى منها .

ولكن لاينسخ نص قرآنى أو سنة متواترة بسنة غير متواترة؛ لأن الأقوى لاينسخ بما هو أقل منه قوة-٢٤٩- .

وقد استقرت نصوص القرآن والسنة بوفاة الرسول صلى الله عليه وسلم، إذ بوفاته انقطع الوحى، وانقطع ورود النصوص-٢٥٠-، فصارت نصوص القرآن والسنة محكمة؛ لأن باب نسخها أغلق نهائيا، وأصبحت قانونا واحدا يفسر خاصها العام، ويبين مقيدها المطلق؛ كأنما شرعت كلها دفعة واحدة على الحالة التى انتهت إليها.

[الصدر] تعليق "رقم-٢٤٩-": لادليل على هذه القاعدة، وإن كان الحق أن القرآن الكريم لاينسخ بالخبر الواحد كما ذكرناه قريبا من منافاة ذلك للحكمة ولإجماع المسلمين على ذلك.

[الشاوى] رأينا فى "تعليق-٢٤٩-": يحتج بإجماع المسلمين على أن القرآن لاينسخ بخبر الآحاد... مما يدل على عدم تقيده بما قدمه سابقا بشأن عدم حجية الإجماع.

[الصدر] تعليق "رقم-٢٥٠-": الرأى السائد عند فقهاء المذهب الجعفرى أن الأخبار المروية عن أئمة أهل البيت الذين ثبتت إمامتهم وعصمتهم بالأدلة القطعية كأنما رويت عنه (ﷺ) لانهم ينطقون عن لسانه وقد أمرنا (ﷺ) باتباعهم كما أشرنا إلى ذلك قريبا، ولأنهم عليهم السلام إنما يخبرون من العلم الذى وصلهم من جدهم أمير المؤمنين على (ع) عن جدهم النبى الأعظم (ﷺ). ولقد قال أمير المؤمنين على (ع) : "علمنى رسول الله ألف باب من العلم ينفتح لى من كل باب ألف باب".

ولقد ذكرنا قريبا أن النسخ الحقيقى مستحيل فى أيام حياة النبى (ﷺ) وبعد وفاته، وأن النسخ الظاهرى بالمعنى الذى ذكرناه سابقا: فكما يمكن أن يكون حال حياته يمكن أن يكون بعد وفاته.

[الشاوى] رأينا فى "تعليق-٢٥٠-": ماذكره هو مايختص به المذهب الجعفرى ولايسلم به غيرهم.

عوده ١٩٠ ـ *حكم الإجماع والقياس المخالفين للقرآن والسنة* : يصعب أن يكون هناك إجماع أو قياس مخالف للقرآن والسنة، لأن الإجماع يجب أن يقوم على دليل من القرآن والسنة-٢٥١-. فلا إجماع بلا مستند شرعي[1]. وإذا كان من شروط الإجماع أن يكون مستندا إلى القرآن والسنة، فلا يتصور أن يكون مخالفا لهما، إلا إذا كان إجماعا ممن يجهل القرآن والسنة ومن غير المجتهدين، وهذا ليس إجماعا شرعيا ولا يترتب عليه أى أثر شرعى، وكل مايأتى عن طريقه باطل بطلانا مطلقا.

ومن المستبعد أن يكون هناك قياس-٢٥٢- مخالف للقرآن والسنة إذا روعيت شروط القياس؛ لأن أساس القياس أنه يلحق مالا نص فيه بما فيه نص؛ لاشتراكهما فى علة الحكم، فالحكم الذى يجيء عن طريق القياس هو دائما حكم من أحكام القرآن أو السنة، فإذا فرض أن قياسا ما، جاء بحكم مخالف للقرآن أو السنة، فهو قياس باطل بطلانا مطلقا؛ لأن من الشروط الأساسية فى الشريعة أن يراعى المجتهد النصوص قبل كل شيء فلا يخرج عليها، وأن يتقيد بمقاصد الشارع العامة وبروح التشريع [2] .

الصدر تعليق "رقم-٢٥١-": أى يجب أن يكون للمجمعين دليل يستندون إليه .

الصدر تعليق "رقم-٢٥٢-": لااعتبار بالقياس عند فقهاء المذهب الجعفرى كما مر علينا ذلك، إلا مع حصول العلم بواسطته بالحكم الشرعى، ولايعقل أن يكون سببا للعلم بالحكم الشرعى مع مخالفته للكتاب والسنة .

الشاوى رأينا فى "تعليقى-٢٥١-، -٢٥٢-": يتفق مع فقيهنا فى استبعاد وجود إجماع أو قياس يخالف نصوص الكتاب والسنة - وإن كان التعليل مختلفا فيما يتعلق بالقياس، ولكنه فى نظرنا اختلاف ظاهرى فقط، والمتفق عليه هو أن الإجماع والقياس يستندان إلى مصادر شرعية من الكتاب والسنة، فلايتصور أن يتناقضا مع الكتاب أوالسنة .

---

(١) فواتح الرحموت فى شرح مسلم الثبوت جـ٢ ص ٢٣٨ .

(٢) راجع الفقرات ١١٥، ١٣٠، ١٦٩ - ١٧٥ .

۞ 189، 190 – المبادئ والنصوص :

التفاوت فى مصادر الأحكام مبدأ أساسى فى شريعتنا؛ وأولوية القرآن ثم السنة قاعدة عامة – لأن ما يُعَدّ قياسا (اجتهادا) أو إجماعا يجب لشرعيته أن يستند إلى مبادئ هذين الأصلين المتصلين بالوحى مباشرة (القرآن) و ضمنا (فى السنة)، ولذلك لا يمكن للاجتهاد أو الإجماع أن ينسخ حكما قرره القرآن الكريم أو السنة .

لكننا أشرنا إلى أن الدور الأساسى للمصدرين الثانويين (الإجماع والاجتهاد) هو تفسير نصوص القرآن والسنة؛ وهذا التفسير لاينقطع الاجتهاد فيه ولا الجدل بشأنه، وهو موضوع من أهم موضوعات الاجتهاد؛ وهو الطريقة الشرعية لفهم النصوص ومعرفة مقاصدها ومضمونها، ولذلك فإنه ماض إلى يوم القيامة .

وفى عصرنا والعصور التالية لايقتصر التفسير على الاستدلال على المعانى من عبارات النصوص وألفاظها وأسباب نزولها وما إلى ذلك؛ بل إنه كثيرا ما يمر بمرحلة التنظير، التى تبدأ باستنباط المبادئ والأصول العامة من النصوص، حتى ولو كانت فى ظاهرها مقررة لأحكام فرعية، لكنها تشير إلى مبادئ عليا يمكننا إذا عددناها قواعد عامة استنباط الأحكام فى إطار هذه المبادئ التى تُعَدّ نظريات عامة تكون منبعا لاينضب ولايتوقف لمزيد من الأحكام الفرعية نواجه بها مشكلات كل عصر ومقتضيات تطور المجتمعات ونمو الحضارات ...

والقاعدة الأولى هى أن كل حكم لا ينسخه إلا نص فى مستوى النص الذى قرره أو أقوى منه. وعلى ذلك، فإن ماقرره القرآن لا ينسخ إلا بنص قرآنى. ولكن النص القرآنى يمكن أن ينسخ ما قررته السنة، لأنه أقوى منها .

بل إن السنة درجات،وكل درجة لا يمكن أن تنسخ إلا بما يعادلها أو أقوى منها، كما هو مبين فى المتن بوضوح .

وقد أشار فقيهنا إلى ما سماه "القوانين واللوائح" التى يصدرها "أولو الأمر"، ونفضل وصفها بالأنظمة لأنها فى درجة أدنى من التشريع الإلهى، ولذلك فإنها لا تستطيع أن تغيره أو تعطله، وتكون باطلة إذا خالفته، لأنه لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق. وهى بذاتها على درجات متفاوتة، وكل درجة منها لا يجوز أن تخالف ما هو أقوى منها – وأقواها هى الدساتير ثم "القوانين العادية" ثم اللوائح .. وكلها تخضع لسيادة الشريعة بجميع أحكامها، فلا يجوز لها أن تعدل فيها، أو تعطل أحكامها أو أن تكون بديلا عنها كما هو حادث اليوم فى كثير من النظم "العصرية" التى تعطل الشريعة وتكتفى بالأنظمة الوضعية.

لذلك أكدنا مرارا على ضرورة التمييز بين الأنظمة وبين التقنينات الشرعية التى تُعَدّ جزءا من أحكام الفقه على مذهب معين أو من مذاهب كثيرة، وتلتزم بالنصوص والمصادر الشرعية .

المبحث الخامس
فى علاقة الأحكام الشرعية بأحكام القوانين

<عوده> ١٩١ ـ *حكم القوانين واللوائح المخالفة للقرآن والسنة* : إذا جاءت القوانين واللوائح متفقة مع نصوص القرآن والسنة، أو متمشية مع مبادئ الشريعة العامة وروحها التشريعية، وجبت الطاعة لها-٢٥٣-، وحقت العقوبة على من خالفها. أما إذا جاءت القوانين واللوائح خارجة على نصوص القرآن والسنة، أو خارجة على مبادئ الشريعة العامة وروحها التشريعية-٢٥٤-، فهى قوانين ولوائح باطلة بطلانا مطلقا، وليس لأحد أن يطيعها، بل على كل مسلم أن يحاربها. وسنبين فيما يلى أسباب هذا البطلان بعد أن نتكلم عن نظرية البطلان ذاتها .

١٩٢ ـ *نظرية البطلان فى الشريعة* : أساس نظرية البطلان فى الشريعة الإسلامية هو أن الأوامر والنواهى لم تجئ عبثا، وأن الله أنزل كتابه وأرسل رسوله للناس؛ ليطيعوه ويعملوا بما جاء به، فمن عمل بما جاء به الرسول فعمله صحيح؛ لأنه وافق أمر الشارع، ومن خالف فقد بطل عمله، لمخالفته أمر الشارع، والله تعالى يقول: ﴿وماأرسلنا من رسول إلا ليطاع بإذن الله﴾.[النساء:٦٤] . ويقول : ﴿وما آتاكم الرسول فخذوه ومانهاكم عنه فانتهوا﴾ . [الحشر:٧]. ويقول : ﴿يأيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول﴾ [النساء:٥٩] .

وتنطبق نظرية البطلان على عمل الأفراد والجماعات، والحكام والمحكومين وتصرفات هؤلاء وهؤلاء، فكل عمل أو تصرف جاء موافقا لنصوص الشريعة أو مبادئها العامة وروحها فهو صحيح،وماجاء مخالفا لنصوص الشريعة أو مبادئها العامة أو روحها

[الصدر] تعليق "رقم-٢٥٣-": إذا كانت من حكومة إسلامية يجب إطاعة أحكامها .

[الشاوى] رأينا فى "تعليق-٢٥٣-": لايكتفى السيد الصدر بما اشترطه فقيهنا من عدم مخالفة النصوص الوضعية للنصوص الشرعية ومبادئها وروحها، بل يضيف لذلك شرطا آخر هو أن تكون "الحكومة" التى أصدرتها حكومة إسلامية، ونحن نؤيد ذلك .

ونحن نعتقد بأن فقيهنا يفترض هذا الشرط، لأنه يبحث فى حكم هذه القوانين من وجهة نظر شريعتنا. فالدولة التى تطبق الشريعة وتلتزم بها هى التى تلتزم بالبطلان الذى يقرره، وهذا كان حال الدول الإسلامية التى تلتزم بالشريعة وسيادتها؛ فكل مخالفة منها لأحكام شريعتنا تستوجب البطلان.

أما الدول "العصرية" التى تتبرأ من الشريعة أو تتنكر لها فوجودها ذاته باطل – فى نظره – وكل مايصدر عنها باطل شرعا، ولامحل للقول بالتفرقة بين مايوافق الشريعة ومايخالفها.

[الصدر] تعليق "رقم-٢٥٤-": التى يقطع بالاتفاق معها بموافقة الشريعة وبمخالفتها مخالفة الشريعة.

عوده التشريعية-٢٥٥- فهو باطل بطلانا أصليا،ولايترتب عليه أى أثر. ومن ثم، فكل قانون أو لائحة أو أمر جاء على خلاف الشريعة فهو باطل بطلانا مطلقا، وكل عبادة جاءت على خلاف الشريعة فهي عبادة باطلة، وكل تصرف أو عقد جاء على خلاف الشريعة فهو باطل بطلانا مطلقا. فالعمل إما أن يكون موافقا للشريعة فهو صحيح، وإما أن يكون مخالفا لها فهو باطل، وهذا هو رأى جمهور الفقهاء .

والمخالفون -وهم الأحناف- لايخالفون نظرية الجمهور فيما يمس حقوق الجماعة، فعندهم أن القوانين واللوائح والأوامر المخالفة للشريعة باطلة بطلانا مطلقا، ولكنهم يخالفون فيما يمس حقوق الأفراد، أى فى العقود والتصرفات، فيرون أنها تكون صحيحة إذا جاءت موافقة للشريعة، فإذا جاءت على خلافها فهى باطلة بطلانا مطلقا إذا كان الخلل فى أصل العقد أو التصرف، أى : فى ركن من أركانه، أما إذا كان الخلل فى وصف من أوصاف العقد أو التصرف: أى فى شرط خارج عن ماهيته وأركانه، فالعقد أو التصرف يكون فاسدا لا باطلا. والفرق بين الفاسد والباطل عندهم أن الباطل لايترتب عليه أثر طلقا، وأن الفاسد يترتب عليه بعض آثاره(1)-٢٥٦-.

الصدر تعليق "رقم-٢٥٥-": بالمعنى الذى مر علينا قريبا .

الشاوى رأينا فى "التعليقين رقمى-٢٥٤-،-٢٥٥-": يشترط لوقوع البطلان أن تكون المخالفة للشريعة مقطوعا بها، وهذا شرط بديهى .

الصدر تعليق "رقم-٢٥٦-": الرأى السائد بين المتأخرين من فقهاء المذهب الجعفرى أن النهى إذا تعلق بأمر خارج عن العقد، كما إذا نهى عنه فى زمان خاص احتراما لذلك الزمان أو فى مكان خاص احتراما لذلك المكان، فلا يصبح العقد فى ذلك المكان أو الزمان باطلا، بل يقع صحيحا، وإن عُدَّ معصية للنهى الشرعى عنه. ومثاله المعروف عند الفقهاء النهى عن البيع وقت النداء يوم الجمعة، فإن النهى ليس لأنه يشترط فى البيع وقوعه فى غير وقت النداء وليس لأن فى البيع وقت النداء منقصة بوصفه بيعا، بل لأجل المحافظة على الاجتماع فى صلاة الجمعة وعدم التفرق عنها، فإذا عصى المكلف وباع أو اشترى يوم الجمعة وقت النداء فإنه يعصى النهى لكن بيعه صحيح .

الشاوى رأينا فى "تعليق-٢٥٦-": يشير إلى أن الجعفرية يفرقون بين المعاصى الناتجة عن مخالفة شروط صحة العقد، ويترتب عليها بطلانه، وبين المعاصى الخارجة عن نطاق العقد فلا يترتب عليها بطلان العقد، مثل البيع الذى يعقد وقت صلاة الجمعة فهو صحيح لكن من قاموا به قد ارتكبوا معصية. وهذه تفرقة دقيقة لامجال للاعتراض عليها .

---

(1) الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى جـ١ ص ١٨٦، ١٨٧، المستصفى للغزالى جـ١ ص ٩٤، أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص ٩٩ -١٠١ .

〈عوده〉 وإذا طبقنا نظرية البطلان على القوانين واللوائح والقرارات والأوامر، أمكننا أن نقول على وجه القطع: إن التشريعات الوضعية على اختلاف أسمائها تكون باطلة بطلانا مطلقا كلما جاءت مخالفة لنصوص الشريعة الإسلامية، أو خارجة على مبادئها العامة، أو مباينة لروح التشريع الإسلامي. وأساس هذا البطلان كونها مخالفة للشريعة طبقا لرأى جمهور الفقهاء، وأساسه طبقا لرأى أبي حنيفة وأصحابه أن القوانين واللوائح والأوامر مما يمس صالح الجماعة ونظامها العام، أو يمس حقوق الله طبقا لتعبيرهم، وكل مايتصل بصالح الجماعة ونظامها باطل بطلانا مطلقا إذا جاء مخالفا للشريعة الإسلامية. فأساس البطلان إذن بإجماع الفقهاء هو مخالفة القوانين واللوائح والقرارات والأوامر لنصوص الشريعة أو مبادئها العامة أو روحها التشريعية .

191، 192 - المشكلة "العصرية" :

إنه استعان بمبادئ "أصول الفقه" عندما توسع فى بحث "مصادر التشريع الجنائى" – والآن نراه يستعين بمبادئ "أصول الحكم ونظرية الدولة" عندما تصدى لموضوع العلاقة بين أحكام الشريعة ونصوص القوانين "الوضعية" .

أول ما نلاحظه هو أن هذه مشكلة مستحدثة نتجت عما وصلت إليه "النظم السياسية العصرية" من ممارسة الدول "سلطة التشريع" اعتمادا على النظريات الدستورية والسياسية المستوردة التى تَعُدّ التشريع تعبيرا عن إرادة "الدولة"، وأن سلطاتها النظامية هى التى "تضع" التشريعات وتعطيها قوة تنفيذية .

خلال جميع عصور تاريخنا كانت الدول "الإسلامية" لاتدعى لنفسها حق التشريع؛ وبالتالى لم يكن يوجد ما يسمى الآن بالقوانين الوضعية؛ وكانت كل تصرفات "أولى الأمر" من السلاطين أعمالا فردية يمكن للفقهاء أن يقرروا حكمها تطبيقا لمبادئ شريعتنا وأحكامها قياسا على الأحكام المقررة لأعمال الأفراد .

فى عصرنا استحدثت الدول فى كثير من بلادنا نظاما سياسيّا يعترف لها بممارسة "سلطة التشريع" بقوانين تصدرها الدول المختلفة. فالمشكلة العصرية ليست مشكلة تعارض بين قانونين، بل هى أكبر من ذلك لأنها مشكلة "شرعية الدولة وحدود سلطاتها"، وبالتالى قد يترتب عليها القول بعدم مشروعية النظم السياسية "العصرية" إذا أصدرت تشريعات وضعية لاتستمد من مبادئ شريعتنا أو تتعارض مع أحكامها.

صحيح أن الاستيلاء على الولاية بالقوة والغلب فى الدول الإسلامية ظاهرة قديمة منذ انتهى عهد الخلافة الراشدة القائمة على الشورى والبيعة الحرة، وتحولت "الخلافة" على حد تعبير فقهائنا إلى "ملك عضوض" منذ عهد الأمويين؛ لكن هؤلاء الخلفاء أو السلاطين الذين استولوا على السلطة بالقوة والغلب دون التزام بمبدإ الشورى والبيعة الحرة لم يدَّعوا لأنفسهم سلطة التشريع؛ ولم يصدروا "قوانين وضعية"، لذلك قلنا إن القوانين الوضعية ومشكلتها ظاهرة عصرية مستحدثة لم يعرفها فقهاؤنا السالفون .

۞ النص فى الدستور الوضعي على أن الدولة دينها الإسلام معناه أن الشريعة هي دستورنا والقوانين المخالفة لها تكون باطلة لأنها غير دستورية :

وإذا كان فقهاؤنا السابقون قد أجمعوا على "بطلان" كل عمل يخالف شريعتنا، فإن الأعمال التى واجهوها فى عصورهم كانت أعمالا فردية أو على الأكثر قرارات أو تصرفات إدارية؛ ولم يكن لها صفة القانون الوضعى أو التشريع، سواء كان تشريعا جنائيا أو مدنيا أو غير ذلك من أنواع القوانين التى نواجهها الآن، بما فى ذلك ما يدخل فى نطاق "الدساتير الوضعية" فهذه كلها استحدثت فى عصرنا تأثرا بالنظم الأجنبية .

وسنرى إلى أى حد يمكن فى نظرنا الحكم على علاقة الشريعة بالقوانين واللوائح التى تصدرها الدولة "العصرية"، وإلى أى حد يمكن القول ببطلانها قياسا على ما قرره الفقه بالنسبة للأعمال التنفيذية أو القرارات الإدارية أو الفردية التى تصدر عن أصحاب السلطة فى الدولة مخالفة لمبادئ شريعتنا وأحكامها التى تلتزم بها كل سلطة إسلامية .

أشار القاضى الفقيه/ عوده إلى أن القوانين الوضعية فى بلد مسلم "إذا كانت خارجة على نطاق الكتاب والسنة أو خارجة على مبادئ الشريعة العامة وروحها التشريعية تكون باطلة بطلانا مطلقا؛ وليس لأحد أن يطيعها؛ بل على كل مسلم أن يحاربها"، وعلل ذلك بأن كل ما يخالف الشريعة محرم على المسلمين ولو أمرت به أو أباحته السلطة الحاكمة أيا كانت؛ لأن حق التشريع الوضعى مقيد بأن يكون موافقا لنصوص الشريعة – ولأنه لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق .

وحجته فى ذلك أن الشريعة هى الدستور الأساسى للمسلمين؛ فكل ما يخالف هذا الدستور يكون باطلا؛ بل سنرى فيما بعد أنه قال مؤكدا ذلك: "إن الشريعة بمثابة الدستور الوضعى للأمة ما دامت الدولة إسلامية" لأنها تلتزم بالمبدإ الشرعى العام، وهو "أن أولى الأمر لايملكون حق التشريع، لأن التشريع من حق الله والرسول".

إن مبادئ الإسلام أصبحت بمقتضى هذا النص دستورا وضعيا؛ ومعنى ذلك أن الشريعة هى صاحبة السيادة فى مجتمعنا؛ فكل ما يخرج عن نطاقها يكون غير دستورى طبقا لأحكام الدساتير الوضعية ذاتها .

وقد ترتب على ذلك أنه طبق على القوانين الوضعية فى هذه الدول الأحكام التى قررها فقهاؤنا بالنسبة لتصرفات "ولى الأمر" الشرعى الذى يلتزم بأحكام الشريعة، وقد كان ذلك يغنيه عن إبداء الرأى فى "شرعية" ولاية هذه الدول معتمدا على هذا النص الدستورى الذى يعطيها صفة الدولة الاسلامية – مكتفيا بالبحث فى شرعية "القوانين"

التي تصدرها تلك الدول وتكون مخالفة للقرآن والسنة (كلها أو فى جانب منها فقط)، وذلك على أساس المبدإ المقرر فى الفقه الوضعى ذاته وهو دستورية القوانين الذى يترتب عليه القول ببطلان "القوانين" المخالفة للدستور الوضعى، لأنه عَدَّ أن "الشريعة" هى الدستور الوضعى فى الدول التى ينص دستورها على أن دين الدولة الرسمى هو الإسلام.

ولاشك فى أن هذا الاتجاه يكون أوجب عندما يضاف إلى الدستور نص يجعل مبادئ الشريعة هى المصدر الأساسى للقوانين، كما هو الحال فى الدستور الحالى فى مصر .

وبناء على هذا التصور، سنرى أنه حلّ هذه المشكلة "العصرية" بتطبيق المبدإ المعروف فى "الفقه العصرى" وهو بطلان القوانين المخالفة للدستور – الوضعى ذاته – ومع ذلك فقد أفاض فى تقديم الأدلة الشرعية على بطلان القوانين التى تخالف الشريعة، حتى قدم لنا فيما يلى ستة عشر دليلا من المصادر الشرعية فى البند التالى .

ونحن نرى أن هذه الأدلة العديدة خاصة بالدولة الإسلامية التى تعلن السلطة القائمة فيها التزامها بالشريعة. أما الدول التى تتنكر للشريعة وتتبرأ من الإسلام، فإن البحث يكون موضوعه هو شرعية الدولة ذاتها وواجب الأمة فى مقاومتها وتصحيح هذا الوضع – لا أن نبحث فى واجب القاضى المسلم فى إبطال قوانينها المخالفة للشريعة. ولنا رأى فى ذلك سوف نبينه فى نهاية حاشيتنا على البند **195** فيما بعد، ويتلخص فيما يلى :

1 – أن ذلك يؤدى إلى تخلى القضاة المسلمين عن ولاية القضاء وترك ذلك لغيرهم ممن لادين لهم ولا ضمير لهم .

2 – أن العلاج الذى يَعُدّه فقيهنا يدور حول تطبيق النصوص التى تفرض الحدود والقصاص، كأن الشريعة تنحصر فى تطبيق هذه العقوبات، وهو ظن غير صحيح .

3 – أنه يعطى للسلطة غير الشرعية الحق فى تطبيق هذه العقوبات، مع أنها فى نظره أحكام شرعية تختص بتطبيقها السلطة الشرعية وحدها .

١٩٣- الأدلة على بطلان التشريعات الوضعية المخالفة للشريعة:
بينا فيما سبق أن تطبيق نظرية البطلان فى الشريعة يقتضى إبطال التشريعات الوضعية المخالفة للشريعة الإسلامية. وسنبين الآن أن هذا البطلان يستند إلى نصوص القرآن، ونصوص السنة، وإلى الإجماع، وهى مصادر القانون الجنائى فى الشريعة الإسلامية. فقد جاءت نصوص القرآن والسنة صريحة فى إبطال كل مايخالف الشريعة، ومن ثم انعقد الإجماع على احترام هذه النصوص الصريحة وإبطال كل مايخالفها، وسنقدم فيما يلى الأدلة على ذلك :

١ – إن الله أمر باتباع الشريعة ونهى عن اتباع مايخالفها، فلم يجعل لمسلم أن يتخذ من غير شريعة الله قانونا، وجعل كل مايخرج على نصوص الشريعة، أو مبادئها العامة، أو روحها التشريعية، محرما تحريما قاطعا على المسلمين بنص القرآن الصريح، حيث قسم الله الأمر إلى أمرين لا ثالث لهما : إما الاستجابة لله وللرسول واتباع ماجاء به الرسول، وإما اتباع الهوى. فكل مالم يأت به الرسول فهو من الهوى بنص القرآن، وذلك قوله تعالى: ﴿فإن لم يستجيبوا لك فاعلم أنما يتبعون أهواءهم ومن أضل ممن اتبع هواه بغير هُدًى من الله إن الله لايهدى القوم الظالمين﴾ [صورة القصص: ٥٠].

كذلك قسم الله طريق الحكم بين الناس إلى طريقين لاثالث لهما : أولهما : الحق، وهو الوحى الذى أنزل على رسله، وثانيهما : الهوى، وهو كل ماخالف الوحى، فقال جل شأنه : ﴿ياداود إنا جعلناك خليفة فى الأرض فاحكم بين الناس بالحق ولاتتّبع الهوى فيضلك عن سبيل الله إن الذين يَضلون عن سبيل الله لهم عذاب شديد بما نسوا يوم الحساب﴾ [سورة ص : ٢٦] .

وقال تعالى موجها الخطاب إلى رسوله صلى الله عليه وسلم : ﴿ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ولاتتبع أهواء الذين لايعلمون * إنهم لن يغنوا عنك من الله شيئا وإن الظالمين بعضهم أولياء بعض والله ولى المتقين﴾ [الجاثية: ١٨، ١٩]. فقسم الأمر بين الشريعة التى جعل رسوله عليها، وأوحى إليه العمل بها، وأمر الأمة الإسلامية باتباعها، وبين اتباع أهواء الذين لا يعلمون، وأمر بالأول ونهى عن الثانى .

وقال جل شأنه : ﴿اتبعوا ما أُنزل إليكم من ربكم ولاتتبعوا من دونه أولياء قليلا ما تَذَكَّرون﴾ [الأعراف:٣]. فأمر باتباع ماأنزل منه خاصة، ونهى عن اتباع مايخالفه، وبيَّن أن من اتبع غير ماأنزل من عند الله فقد اتبع أولياء من دون الله [١] .

(١) أعلام الموقعين جـ ١ ص ٥٣ .

(عوده) وهكذا قطعت نصوص القرآن فى تحريم كل مايخالف نصوص الشريعة صراحة أو ضمنا، وكل مايخالف مبادئها العامة أو روحها التشريعية، ونهت نهيا جازما عن العمل بغير الشريعة، وعَدَّت العامل بغير الشريعة متبعا هواه منقادا إلى الضلال، مضلا لغيره ظالما لنفسه ولغيره، كافرا بما أنزل الله . متخذا لنفسه أولياء من دون الله .

٢ - إن الله لم يجعل لمؤمن أن يرضى بغير حكم الله، أو يتحاكم إلى غير ماأنزل الله، بل لقد أمر الله أن يكفر بكل حكم غير حكمه، وعَدَّ الرضاء بغير حكمه ضلالا بعيدا واتباعا للشيطان، وذلك قوله تعالى : ﴿ألم تر إلى الذين يزعمون أنهم آمنوا بما أُنزل إليك وماأنزل من قبلك يريدون أن يتحاكموا إلى الطاغوت وقد أُمِروا أن يكفروا به ويريد الشيطان أن يضلهم ضلالا بعيدا﴾ [النساء:٦٠].

فمن يتحاكم إلى غير ماأنزل الله وماجاء به الرسول فقد حكم الطاغوت وتحاكم إليه. والطاغوت هو كل ماتجاوز به العبد حده من معبود أو متبوع أو مطاع، فطاغوت كل قوم من يتحاكمون إليه غير الله ورسوله، أو يعبدونه من دون الله، أو يتبعونه على غير بصيرة من الله، أو يطيعونه فيما لايعلمون أنه طاعة الله. فمن آمن بالله ليس له أن يؤمن بغيره، ولا أن يقبل حكما غير حكمه[1] .

٣ - إن الله لم يجعل لمؤمن ولا مؤمنة أن يختار لنفسه أو يرضى لها غير مااختاره الله ورسوله، ومن تخير غير ذلك فهو ضال لم يعرف الإيمان لقلبه سبيلا، وذلك قوله تعالى: ﴿وماكان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمرا أن يكون لهم الخيرة من أمرهم﴾ [الأحزاب:٣٦]. فإذا أمر الله باتباع ماأنزل على رسوله، ونهى عن اتباع غيره، فليس لمؤمن أن يرضى بغير ماأنزل الله، فإن رضيه واختاره لنفسه فهو غير مؤمن[2] .

٤ - إن الله حرم على المؤمنين أن يسبقوا رسوله بقول أو فعل أو أمر أو رأى، كما حرم عليهم أن يرفعوا أصواتهم فوق صوت نبيه، فقال : ﴿يأيها الذين آمنو لاتقدموا بين يدى الله ورسوله واتقوا الله إن الله سميع عليم﴾ [الحجرات:١]. أى لاتقولوا حتى يقول، ولاتأمروا حتى يأمر، ولاتفتوا حتى يفتى، ولاتعطوا أمرا حتى يكون هو الذى يحكم فيه . وقال: ﴿يأيها الذين آمنوا لاترفعوا أصواتكم فوق صوت النبى ولاتجهروا له بالقول كجهر بعضكم لبعض أن تحبط أعمالكم وأنتم لاتشعرون﴾ [الحجرات:٢]. فإذا كان رفع أصواتهم فوق صوته سببا لحبوط أعمالهم، فكيف بتقديم آرائهم وعقولهم وأذواقهم وسياستهم ومعارفهم على ماجاء به ورفعها عليه، أليس هذا أولى أن يكون محبطا لأعمالهم ؟

---

(١) أعلام الموقعين جـ ١ ص ٥٦ .

(٢) نفس المرجع ص ٥٧ .

(عوده) وقال جل شأنه : ﴿إنما المؤمنون الذين آمنوا بالله ورسوله وإذا كانوا معه على أمر جامع لم يذهبوا حتى يستأذنوه﴾[النور:٦٢]. فإذا جعل الله من لوازم الإيمان أنهم لايذهبون إذا كانوا معه إلا بعد استئذانه، فأولى أن يكون من لوازم الإيمان ألاّ يذهبوا إلى قول أو فعل، ولا إلى مذهب علمى أو سياسى إلا بعد استئذانه، وإذنه يعرف بعد وفاته بموافقة مايذهبون إليه لما جاء به، فإن وافقه فقد أذن، وإن لم يوافقه – ثم ذهبوا إلى هذا المخالف – فقد انتفى عنهم الإيمان، وحبطت أعمالهم، وخسروا دنياهم وآخرتهم[١].

٥ – إن الله أمر بأن يكون الحكم طبقا لما أنزل، وجعل من لم يحكم بما أنزل الله كافرا، وظالما، وفاسقا، فقال جل شأنه : ﴿ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون﴾[المائدة:٤٤]. وقال : ﴿ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون﴾ [المائدة:٤٥]. وقال: ﴿ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون﴾ [المائدة:٤٧].

ومن المتفق عليه بين المفسرين أن من قبلنا استحدثوا لأنفسهم شرائع وقوانين، وتركوا بالحكم بها بعض ماأنزل الله، فعَدَّهم الله بعلمهم هذا كفارا وظلمة وفاسقين.

ومن المتفق عليه أيضا بين المفسرين أن من يستحدث من المسلمين أحكاما غير ما أنزل الله، ويترك بالحكم بها كل أو بعض ما أنزل الله من غير تأويل يعتقد صحته، فإنه يصدق عليهم ماقاله الله تعالى كل بحسب حاله. فمن أعرض عن الحكم بحد السرقة أو القذف أو الزنا لأنه يفضل غيره من أوضاع البشر عليه فهو كافر قطعا، ومن لم يحكم به لعلة أخرى غير الجحود والنكران فهو ظالم إن كان فى حكمه مضيعا لحق، أو تاركا لعدل، أو مساواة، وإلا فهو فاسق[٢].

٦ – وإذا لم يكن لمؤمن أن يؤمن بغير ما أنزل الله، أو يقبل حكما غير حكمه، فليس لمؤمن أن يحاول التوفيق بين ماجاء من عند الله وبين مايخالفه، وأن يجمع بين حكم الله وحكم الطاغوت أو حكم الهوى، فإن ذلك هو الكفر المبرقع والنفاق السافر. وعلى كل مسلم أن يحارب الدعوة إلى هذا التوفيق، وأن يعرض عن الداعين إليه؛ لأن الإيمان بالله وبما جاء من عنده يتنافى مع التوفيق بين ماجاء به الرسول وبين مايخالفه، بل الإيمان المحض يقتضى إعلان الحرب الشعواء على كل ما يخالف ماجاء به الرسول من طريقة، وحقيقة، وعقيدة، وسياسة، ورأى، حتى يكون الحكم خالصا لما جاء من عند الله، وحتى تكون كلمة الذين كفروا بما جاء من عند الله السفلى، وكلمة الله هى العليا[٣].

---

(١) أعلام الموقعين جـ ١ ص ٥٨ .

(٢) تفسير المنار الجزء السادس ص ٤٠٥، روح المعانى للألوسى الجزء السادس ص ١٤٥، تفسير الطبرى جـ ٦ ص ١١٩، تفسير القرطبى جـ ٦ ص ١٥٠ .

(٣) أعلام الموقعين جـ ١ ص ٥٧ .

(عوده) ذلك هو حكم الله، نزل فى الصادّين عن سبيل الله، الداعين إلى التوفيق بين ماجاء من عند الله ومايخالفه، وذلك هو قوله تعالى : ﴿وإذا قيل لهم تعالَوا إلى ما أنزل الله وإلى الرسول رأيت المنافقين يصدون عنك صدودا * فكيف إذا أصابتهم مصيبة بما قدمت أيديهم ثم جاءوك يحلفون بالله إن أردنا إلا إحسانا وتوفيقا * أولئك الذين يعلم الله مافى قلوبهم فاعرض عنهم وعظهم وقل لهم فى أنفسهم قولا بليغا﴾ [النساء:٦١-٦٣] .

٧ - إن الله نفى الإيمان عن العباد، وأقسم بنفسه على ذلك، حتى يحكموا الرسول فيما شجر بينهم من الدقيق والجليل والخطير والحقير. ولم يكتف فى إثبات الإيمان لهم بهذا التحكيم المجرد، بل اشترط لعَدّهم مؤمنين أن ينتفى عن صدورهم الحرج والضيق من قضاء الرسول وحكمه، وأن يسلموا تسليما، وينقادوا للرسول القيادا، والرسول لايحكم إلا بما أنزل الله وبما أراه إياه. فالمؤمن يجب عليه إذن أن يحكم بما أنزل الله، وأن يؤمن بأنه أصلح الأحكام وأفضلها، ولو قال الناس إن غيره أصلح له، لأنه لايكون مؤمنا إلا إذا أطاع طاعة تامة، وانقاد القيادا تامّا كاملا لما أمر الله ورسوله، وذلك قوله تعالى: ﴿فلا وربك لايؤمنون حتى يحكّموك فيما شجر بينهم ثم لايجدوا فى أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما﴾ [النساء : ٦٥] .

يستدل الفقهاء بهذه الآية على أن من رد شيئا من أوامر الله أو أوامر رسوله فهو خارج عن الإسلام، سواء رده من جهة الشك فيه-٢٥٧-، أو من جهة ترك القبول،

(الصدر) تعليق "رقم-٢٥٧-": إذا كان الشك فى صدور الأمر من الله أو من رسوله فلا يكون ذلك سببا لخروجه عن الإيمان. وكيف يكون سببا لعدم إيمانه، مع أن العلماء كثيرا مايشكون فى صدور بعض الأحكام الشرعية ولايتوهم أحد أن ذلك يكون سببا للحكم بكفرهم ؟

(الشاوى) رأينا فى "تعليق-٢٥٧-": فى تعليقات السيد الصدر يضع قيودا على بعض ماصرح به فقيهنا. وهو لايوافق على القول بأن الشك فى صدور حكم معين من الله أو رسوله يجيز الحكم بالكفر على من يشك فى ذلك. ونحن نؤيد هذا التحفظ إذا كان محل الشك ليس من أركان الاسلام.

عوده أو الامتناع عن التسليم. ولقد حكم الصحابة-٢٥٨- بارتداد مانعى الزكاة، لأن الله حكم بأن من لم يسلم بماجاء به الرسول-٢٥٩-، ولم يسلم بقضائه وحكمه فليس من أهل الإيمان[1] .

٨ - إن كل من يخالف الشريعة محرم على المسلمين، ولو أمرت به أو أباحته السلطة الحاكمة أيا كانت، لأن حق الهيئة الحاكمة فى التشريع مقيد بأن يكون التشريع موافقا لنصوص الشريعة، متفقا مع مبادئها العامة وروحها التشريعية. فإن استباحت الهيئة الحاكمة لنفسها أن تخرج عن حدود وظيفتها، وأن تصدر قوانين لاتتفق مع الشريعة وتضعها فى موضع التنفيذ، فإن عملها لايحل هذه القوانين المحرمة، ولايبيح لمسلم أن يتبعها أو يطبقها، أو يحكم بها، أو ينفذها، بل تظل محرمة تحريما قاطعا على كل مسلم ومسلمة، ومن واجب الأفراد لا من حقوقهم أن يمتنعوا عن اتباعها، ومن واجب الموظفين أن يمتنعوا عن تنفيذها، لأن طاعة أولى الأمر لاتجب لهم استقلالا، وإنما تجب

الصدر تعليق "رقم-٢٥٨-": مر بنا مرارا أن فقهاء المذهب الجعفرى لايرون الإجماع حجة مالم يكشف عن رأى نبى أو إمام معصوم. والإجماع المذكور لما كان بعد النبى (ﷺ) فلا يكون كاشفا عن رأيه (ﷺ). ولما لم يعلم موافقة من علمت عصمته من الأصحاب، وهم أمير المؤمنين على(ع) والزهراء والحسنان (ع)، فلا يكون كاشفا عن رأى معصوم. ويرى فقهاء المذهب الجعفرى أن مانعى الزكاة إن كان للشك فى مشروعيته فلا ريب فى كفر الشاك لأن مشروعية الزكاة مما علم بالضرورة من الدين. وأما إن كان للشك فى استحقاق مدعى الخلافة للمطالبة بالزكاة، فلا يوجب خروجا عن الاسلام، لأن لزوم الدفع إلى شخص معين لم يعلم وجوبه بضرورة من الدين فلا يكون إنكاره موجبا للكفر. والثابت تاريخيا أن مالك بن نويرة إنما امتنع من دفع الزكاة لعدم اعترافه بخلافة أبى بكر لا لشكه فى وجوب الزكاة.

الصدر تعليق "رقم-٢٥٩-": أى من لم يؤمن بما ثبت عن النبى ضرورة لا من لم يدفع الزكاة إلى شخص معين.

الشاوى رأينا فى "التعليقين رقمى-٢٥٨-، -٢٥٩-": نؤيد ماقاله السيد الصدر من وجوب التفرقة بين الامتناع عن أداء الزكاة لإنكار وجوبها - مما يعتبر كفرا - والامتناع عن أدائها لشخص معين (خليفة أو سلطانا أو أميرا) لأنه يشكك فى أحقيته بتحصيلها كما حدث من مالك بن نويرة، فهذا ليس كفرا - ولكن هذه واقعة تاريخية لانستطيع بحث صحتها هنا، ثم إن مالك بن نويرة لم يكن هو وحده مانع الزكاة - إن صح مانسبه إليه .

---

(١) أحكام القرآن للجصاص جـ ٢ ص ٢١٤، أعلام الموقعين جـ ١ ص ٥٧، ٥٨ .

(عوده) ضمن طاعة الرسول، ولاتجب لهم مطلقة، وإنما تجب فى حدود ما أمر به الله والرسول، وذلك قوله تعالى : ﴿يأيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم فإن تنازعتم فى شيء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا﴾ [النساء:٥٩]. فأمر الله بطاعته وطاعة رسوله، وإعادة فعل الطاعة عند ذكر الرسول يشعر بأن طاعة الرسول تجب له استقلالا سواء كان ما أمر به فى القرآن أو لم يكن فيه، لأنه أوتى الكتاب ومثله معه. وحذْف فعل الطاعة عند ذكر أولى الأمر دليل على أن طاعة أولى الأمر لا تجب لهم استقلالا، وإنما هى فى ضمن طاعة الرسول. كذلك فإن تقدم طاعة الله وطاعة الرسول يقتضى ألاّ يطاع أولو الأمر إلا بعد استيفاء الطاعة لله وللرسول فى كل ما يصدر عن ولى الأمر .

فأولو الأمر-٢٦٠- يطاعون تبعا لطاعة الله وطاعة الرسول. وبعد توافر الطاعة لله ورسوله، فمن أمر منهم بما يوافق ما أنزل الله على رسوله فطاعته واجبة، ومن أمر بخلاف ما جاء به الرسول فلا سمع له ولا طاعة [(١)] .

٩ – إن السنة بينت حدود الطاعة لأولى الأمر، ونهت عن طاعتهم فيما يخالف ما أنزل الله، فصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : "لاطاعة لمخلوق فى معصية الخالق". وقال: "إنما الطاعة فى المعروف". وقال فى ولاة الأمور: "من أمركم منهم بمعصية فلا سمع لهم ولا طاعة". .

(الصدر) تعليق "رقم-٢٦٠-": إن المراد بأولى الأمر إن كان خصوص أئمة أهل البيت الذين ثبتت عصمتهم فلا يتصور أن يأمروا إلا بطاعة الله، وإن كان المراد من أولى الأمر معنى يشمل كل من ترأس الدولة الإسلامية بحق فلا يستحيل صدور الأمر بالمعصية منه، إلا أنه بمجرد أمره بمعصية الله يسقط عن مقامه فلا يجب إطاعة أمره ولو سلم، فاللازم تقييدها بما دل على أنه لاطاعة لمخلوق فى عصيان الخالق .

(الشاوى) رأينا فى "تعليق-٢٦٠-": يشير السيد الصدر إلى مايسير عليه الجعفرية من عصمة لآل البيت، ولذلك يرى أنه لايمكن القول بأنهم قد يأمرون بمعصية – فالتحفظ الذى يشير إليه فقيهنا يرى الجعفرية أنه خاص بغيرهم ولايطبق عليهم. ويعلل ذلك بأن من يأمر بمعصية تسقط ولايته ولاتجب طاعته، وهذه النتيجة غير واردة بالنسبة للأئمة المعصومين الاثنى عشر، ونرى أن هذا موضوع مضى أوانه، ولا فائدة من إثارته الآن. ولأن فقه السنة لايعترف بالعصمة لغير الأنبياء والرسل.

---

(١) أعلام الموقعين جـ ١ ص ٥١، تفسير المنار جـ ٥ ص ١٨٠ ومابعدها .

(عوده) وفى عهد الرسول أمر أحد الأمراء جنوده أمرا فتقاعسوا عن تنفيذه فجمع حطبا وأشعل نارا، ثم قال لهم : ألم يأمركم الرسول أن تسمعوا لى وتطيعوا ؟ قالوا بلى. قال: فإنى آمركم أن تدخلوا هذه النار. فهموا أن يدخلوها، فلما بلغ ذلك الرسول قال: "لو دخلوها لما خرجوا منها"، أى لخلدوا فى النار فى الدار الآخرة. قال الرسول هذا القول مع أنهم كانوا يدخلونها طاعة لأميرهم وظنا منهم أن ذلك واجب عليهم، ولكن لمّا قصروا فى الاجتهاد وبادروا إلى طاعة من أمر بمعصية الله استحقوا أن تكون النار جزاءهم لايخرجون منها. وإذا كان هذا حال من قصر فى الاجتهاد واشتبه عليه الأمر فلم يتثبت منه، فكيف يكون حال من أطاع أمرا مخالفا مخالفة صريحة لما أنزل الله ؟[1] .

١٠ - إن إجماع الأمة الإسلامية انعقد بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم على أنه لاطاعة لأولى الأمر إلا فى حدود ماأنزل الله. فهذا أبو بكر-٢٦١- خليفة رسول الله يقول مخاطبا المسلمين بعد مبايعته : "أطيعونى ماأطعت الله فيكم، فإن عصيت فلا طاعة لى عليكم". فجعل رضى الله عنه طاعته مشروطة بطاعة الله، فإن عمل فى حدود ماأنزل الله وجبت طاعته، وإن خرج عن هذه الحدود فلا سمع ولا طاعة. وهؤلاء فقهاء هذه الأمة ومجتهدوها يجمعون على أن طاعة أولى الأمر لاتجب إلا فيما أمر الله، وأن لاطاعة لهم فيما يخالف ذلك.[2] ولاخلاف بينهم قولا أو اعتقادا فى أنه لاطاعة لمخلوق فى معصية الخالق، وأن إباحة المجمع على تحريمه كالزنا والسكر، واستباحة إبطال الحدود، وتعطيل أحكام الشريعة، وشرع مالم يأذن به الله،

(الصدر) تعليق "رقم-٢٦١-": لايعتمد فقهاء المذهب الجعفرى إلا على كلام من ثبتت عصمته. ولما كان أبو بكر لم يدَّع أحد من المسلمين عصمته فلا يعتمد على كلامه، وإن كان لاريب فى ذلك عند المسلمين ومن البديهى كونه ثابتا بالضرورة من الدين .

(الشاوى) رأينا فى "تعليق-٢٦١-": يعترض السيد الصدر على الاستشهاد بما قاله الخليفة الأول أبو بكر الصديق محتجا بأنه ليس بمعصوم ... والجعفرية لايعترفون بالعصمة له ولا لغير آل البيت من الصحابة ... ومع ذلك، فهو يقر بأن ماقاله سيدنا أبو بكر هو أمر ثابت من الدين بالضرورة. ولأبى بكر رضى الله عنه شرف كبير أنه أول من أعلن عدم ادعائه العصمة، وأنه هو وجميع الخلفاء والأمراء بعده لايجوز طاعة أوامرهم إلا فى حدود التزامهم بالكتاب والسنة، ونحن لانعتقد أن أحدا غيره قد ادعى لنفسه العصمة، فهى خاصة بالرسل والأنبياء دون غيرهم.

---

(١) أعلام الموقعين جـ ١ ص ٥٧ .

(٢) الشرح الكبير جـ ٩ ص ٣٤١، شرح الدردير جـ ٤ ص ٢١٨، المهذب جـ ٢ ص ١٨٩، حاشية ابن عابدين جـ ٣ ص ٤٢٩ .

﴿عوده﴾ إنما هو كفر وردة، وأن الخروج على الحاكم المسلم إذا ارتد واجب على المسلمين، وأقل درجات الخروج على أولى الأمر عصيان أوامره ونواهيه المخالفة للشريعة [1] .

١١ - إن أولى الأمر بحسب نصوص الشريعة الإسلامية ليس لهم حق التشريع المطلق للأسباب التى بيناها، وإن حقهم فى التشريع قاصر على نوعين من التشريع :

الأول - تشريعات تنفيذية يقصد بها ضمان تنفيذ نصوص الشريعة الإسلامية .

والثانى - تشريعات تنظيمية لتنظيم الجماعة وحمايتها وسد حاجتها على أساس مبادئ الشريعة العامة. وهذه التشريعات لاتكون إلا فيما سكتت عنه الشريعة فلم تأت بنصوص خاصة فيه ولا يمكن أن تكون فيما نصت عليه الشريعة. ويشترط فى هذه التشريعات قبل كل شيء أن تكون متفقة مع مبادئ الشريعة العامة وروحها التشريعية، فهى تشريعات توضع بقصد تنفيذ مبادئ الشريعة العامة، وإذن فهى فى حقيقتها نوع آخر من التشريعات التنفيذية .

١٢ - إن أولى الأمر حين يتولون التشريع المقيد على الوجه السابق يقومون به، بحسبانهم إما خلفاء للرسول وإما نوابا عن الجماعة الإسلامية. فإن كانوا خلفاء للرسول فليس لهم أن يخرجوا على ماجاء به الرسول؛ لأنهم خلفوه بقصد تنفيذ ماجاء به. وإن كانوا نوابا عن الجماعة الإسلامية فليس لهم أن يخرجوا على ما تدين به هذه الجماعة وما تؤمن به، وإلا خرجوا على حدود النيابة،لأن الجماعة لم تقمهم حكاما إلا لإقامة الدين،وحكم الجماعة على أساس الشريعة الإسلامية.فأولى الأمر - أيا كان السند الذى يستندون إليه فى حق التشريع - ليس لهم أن يخرجوا على نصوص الشريعة أو مبادئها العامة أو روحها التشريعية.

١٣- إن الشريعة الإسلامية هى الدستور الأساسى للمسلمين كما تبين مما سبق، فكل مايوافق هذا الدستور فهو صحيح، وكل ما يخالف هذا الدستور فهو باطل، مهما تغيرت الأزمان وتطورت الآراء فى التشريع؛ لأن الشريعة جاءت من عند الله على لسان رسوله ليعمل بها فى كل زمان وكل مكان، فتطبيقها ليس محدودا بزمن، ولا مقصورا على أشخاص أو أجيال أو أجناس. وهى واجبة التطبيق حتى تلغى أو تنسخ، ولا يمكن أن تلغى أو تنسخ؛ لأن القاعدة الأساسية فى الشريعة الإسلامية بل وفى القوانين الوضعية الحديثة أن النصوص لاينسخها إلا نصوص فى مثل قوتها أو أقوى منها،

---

(١) تفسير المنار جـ٦ ص ٣٦٧، أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٢١٤، روح المعانى للألوسى جـ ٥ ص ٦٦ ومابعدها .

<عوده> أى نصوص صادرة من نفس الشارع، أو من هيئة لها من سلطان التشريع مثل ما للهيئة التى أصدرت النصوص المراد نسخها، أو من هيئة يزيد سلطانها التشريعى على سلطان من أصدر النصوص المطلوب نسخها. فالنصوص الناسخة إذن يجب أن تكون قرآنا أو سنة حتى يمكن أن تنسخ ما لدينا من قرآن وسنة، وليس بعد الرسول قرآن حيث انقطع الوحى، ولاسنة حيث توفى الرسول. ولايمكن أن يقال إن ما يصدر عن هيئاتنا التشريعية البشرية فى درجة القرآن والسنة، أو إن لها من سلطان التشريع مالله وللرسول. ولكن الذى يمكن أن يقال – وهو الواقع – إن أولى الأمر منا لايملكون حق التشريع، وإنما لهم حق التنفيذ أو التنظيم، فالتشريع من حق الله والرسول–٢٦٢–، وقد انتهى عهده بوفاة الرسول، واستقر أمره بانقطاع الوحى، والتنفيذ والتنظيم لأولى الأمر ، فلهم أن يصدروا قوانين ولوائح وأوامر تنفيذا لما شرعه الله ورسوله–٢٦٣–، ولهم أن ينظموا الجماعة ويوجهوها طبقا لما شرعه الله ورسوله. فالله قد تكفل بوضع التشريعات الأصلية وشرع على لسان رسوله نصوصا وأحكاما أساسية، وأوجب على أولى الأمر تنفيذها كما هى، كما أوجب عليهم أن ينظموا الجماعة ويوجهوها على أساسها، ولهم فى سبيل أداء هذا الواجب أن يصدروا القوانين، والمراسيم واللوائح والقرارات التى تضمن تنفيذ هذه التشريعات الأساسية، وإقامة

الصدر تعليق "رقم–٢٦٢–": بل من حق الله وحده والرسول (ﷺ) ناقل له .

الصدر تعليق "رقم–٢٦٣–": بل لما شرعه الله وبلغه الرسول (ﷺ) فإن الرسول فى جميع الموارد مبلغ عن الله لامشرع .

الشاوى رأينا فى "تعليقى–٢٦٢–، –٢٦٣–": يشير السيد الصدر إلى أن الرسول الكريم ﷺ هو مجرد ناقل لما شرعه الله لأن المشرع هو الله وحده .

يرد على ذلك بأن الأصوليين استقروا على أن السنة النبوية هى المصدر الثانى للتشريع – بل أضافوا إليها الإجماع والاجتهاد فكلاهما مصدر للتشريع وإن كان يأتى فى الترتيب بعد السنة – كما أن السنة تلى القرآن فى الترتيب، لكن هذه المصادر الثلاثة لا يجوز أن تخالف مبادئ القرآن ولانصوصه، وهذا هو مانؤيده .

أما فيما لم يرد به نص قرآنى، فلاشك فى أن السنة هى مصدر الأحكام. ويكفى أن نشير إلى كثير من أحكام العبادات مثل توقيت الصلاة، وعدد الركعات، وغير ذلك من أركان هذه الفريضة .

كذلك الأمر بالنسبة للإجماع والاجتهاد، فإن أئمة الفقه قد استنبطوا كثيرا من الأحكام التى لم يرد بشأنها نص قرآنى ولاسنة نبوية ... وعَدُّ عملهم مجرد استنباط، يغنى عن وصف المجتهدين بأنهم مشرعون. ويمكن أن تقبل قوله كذلك بالنسبة للسنة، فهى تستند إلى إقرار الوحى لها، وهذا الإقرار يجعلها "ناقلة" عن الله سبحانه فى نظره .

‹عوده› الجماعة على أساسها، ولكن ليس لهم بأى حال أن يعطلوا التشريعات الأساسية أو يلغوها؛ لأن ذلك خارج عن سلطانهم ولايتسع له مقدورهم .

وإذا أردنا أن نأتى بتشبيه يقرِّب هذا المعنى إلى أذهاننا، قلنا: إن الشريعة تعد بمثابة القوانين الوضعية، وإن ما تصدره الهيئات التشريعية يُعَدُّ بمثابة اللوائح والقرارات التى تصدر لضمان تنفيذ هذه القوانين. أو قلنا: إن الشريعة تعد بمثابة الدستور الوضعى، وإن ما تصدره الهيئات التشريعية يُعَدُّ بمثابة القوانين الوضعية التى يشترط فيها أن تكون موافقة لنصوص الدستور وغير خارجة عليه وإلا كانت باطلة .

ونخلص من هذا كله بأن القوانين. واللوائح والقرارات أدنى مرتبة من القرآن والسنة، ولا يمكن أن يتغلب القانون الأدنى على القانون الأعلى درجة .

١٤ – إن الدستور المصرى-٢٦٤- ينص على أن دين الدولة الرسمى هو الإسلام، ومعنى هذا النص أن النظام الأساسى الذى تقوم عليه الدولة هو الإسلام، وأنه المصدر الذى تأخذ عنه، والمرجع الذى تنتهى إليه، والحاكم الذى تأتمر بأمره وتنتهى بنهيه. فوجود هذا النص فى الدستور المصرى، وهو القانون الأولى بالنسبة لغيره من القوانين التى تسنها هيئاتنا التشريعية، يقتضى أن نتقيد بنصوص الشريعة الإسلامية فى قوانيننا، وسياستنا، وتعليمنا، وتنظيمنا الداخلى والخارجى، وفى كل أوجه نشاطنا، فلا نحل إلا ماأحلته الشريعة، ولانحرم إلا ماحرمته، ولانخرج على مبادئ الشريعة وروحها فى تشريعاتنا وأنظمتنا .

ونحن لانذكر هذا النص من الدستور لنستدل به على وجوب تطبيق الشريعة الإسلامية، وبطلان القوانين المخالفة لها، وإنما نذكره فقط لنبين مايقتضيه، ويستوى عندنا بعد ذلك أن يعترف الدستور بالدين الإسلامى أو ينكره، فإن اعتراف الدستور أو إنكاره ليس له قيمة ذاتية، والعبرة فى هذا الأمر بالواقع وبحكم الدين الإسلامى نفسه. وحكم الدين الإسلامى: إنه لاقانون للمسلمين غير الشريعة، وإن الشريعة هى دستورهم وقانونهم الأساسى، وكل ماخالفها من القوانين الوضعية باطل سواء سمى دستورا أو قانونا أو لائحة أو قرارا أو أمرا أو غير ذلك من المسميات، التى لاتعترف بها الشريعة إلا إذا كانت موافقة لنصوصها وغير خارجة على مبادئها العامة وروحها.

١٥ – إن نظرية الشريعة الإسلامية فى بطلان كل مايخالف القرآن والسنة، أو بمعنى آخر كل مايخالف التشريعات الأساسية، هى نظرية تعترف بها اليوم كل البلاد التى تطبق القوانين الوضعية، ولكنها تختلف فى تطبيقها. فأكثر البلاد المتمدينة ترى بطلان كل قانون

الصدر تعليق "رقم-٢٦٤-": وهكذا العراقى .

﴿عوده﴾ أو لائحة أو قرار جاء مخالفا للدستور، باعتبار أن الدستور هو التشريع الأساسى لهذه البلاد، ويجب ألاّ يصدر قانون أو لائحة أو قرار على خلافه. ولأن الدستور لاتعدل نصوصه إلا بشروط خاصة، وبأغلبية خاصة لاتشترط فى أى قانون، فالهيئة التى شرعت الدستور أعلى من الهيئات التى تشرع القوانين وغيرها . أما أقلية البلاد المتمدينة، فلا تأخذ بنظرية البطلان على إطلاقها وتفرق بين القوانين ومادونها من القرارات واللوائح والأوامر. فإذا جاء القانون مستوفيا شكله القانونى عُدَّ صحيحا ولو كان مخالفا للدستور، أما اللوائح والقرارات والأوامر فتُعَدّ باطلة إذا جاءت مخالفة للدستور أو للقوانين ولو استوفت شكلها القانونى. وسند أصحاب هذه النظرية أن القوانين تُعَدّ عندهم فى درجة الدستور، لأن الهيئة التشريعية التى تصدر الدستور والقوانين واحدة وسلطانها واحد، أما الهيئة التى تصدر اللوائح والأوامر والقرارات فهى أقل درجة من الهيئة التى وضعت الدستور والقوانين وسلطانها أقل(١) .

هذه هى نظرية البطلان فى القوانين الوضعية عند من يأخذون بها على إطلاقها ومن يقيدونها. فإذا طبقناها مطلقة أو مقيدة على البلاد الإسلامية وجب أن نقول ببطلان كل مايخالف الشريعة الإسلامية، سواء استوفى الشكل أو لم يستوفه؛ لأن الشريعة هى التشريع الأساسى للمسلمين؛ ولأن شارعها هو الله أجل من أن يقارن بعباده المشترعين.

وقبل أن نترك هذه النقطة، يجب أن نقرر أن الشرائع الوضعية لم تعرف نظرية البطلان هذه إلا حديثا، فعمرها فى القوانين الوضعية أقل من قرن، بينما عرفتها الشريعة الإسلامية من قبل أن تعرفها القوانين الوضعية بأكثر من اثنى عشر قرنا. ويكفى الشريعة فخرا أن يكون أقدم مافيها هو أحدث مافى القوانين، وأن تكون النظرية التى يهلل لها الناس اليوم ويرون فيها كل الضمان ضد طغيان السلطة التشريعية هى نظرية الشريعة الإسلامية. وإذا كان الناس يجهلون هذا وغيره عن الشريعة الإسلامية، فليس الذنب ذنب الشريعة، وإنما هو ذنب أهلها الذين لايعرفون عنها بعض مايعرفونه عن غيرها .

١٦ - إن استيفاء التشريعات المخالفة للشريعة شكلها القانونى لايمنع من أنها تشريعات باطلة بطلانا مطلقا من ناحية الموضوع، وصحة الشكل لايمكن أن تؤثر على بطلان الموضوع؛ لأن صحة الشكل لاتحيل الحرام حلالا، والباطل صحيحا، ومن ثم يجب على القاضى ألاّ يطبق التشريعات المخالفة للشريعة ولو استوفت شكلها القانونى.

---

(١) شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص ١٠٩ ومابعدها، الموسوعة الجنائية جـ ٥ ص ٥٥٨ ومابعدها، القانون الجنائى لعلى بدوى ص ١٠٥ .

❁ 193 – عدم دستورية القوانين المخالفة للشريعة :

لقد أجهد نفسه فى عرض الأدلة على أن الشريعة تقضى ببطلان القوانين المخالفة للكتاب والسنة؛ ليصل إلى أن شريعتنا سبقت النظم "الوضعية" العصرية إلى نظرية بطلان القوانين المخالفة للدستور، بحُسبان أن نصوص القرآن والسنة هى فى الحقيقة الدستور الشرعى بالنسبة لأحكام الشريعة ذاتها، كما أنها دستور "وضعى" بالنسبة للقوانين الوضعية.

والأدلة العديدة التى قدمها على بطلان القوانين الوضعية المخالفة للشريعة بلغت ستة عشر – وهى تستند إلى نصوص قطعية من القرآن وصفت من يخالفون حكم الله بأنهم يتبعون الهوى؛ أو يحكّمون الطاغوت؛ وأنهم خرجوا عن الإيمان – بل إنهم كفروا – وبالتالى فإن واجب الأفراد فى نظره هو الإمتناع عن طاعة القوانين التى تفرضها الدولة وتكون مخالفة للأحكام الجنائية الشرعية؛ لأنه لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق؛ ويقع هذا الواجب أولا على من يعملون لحساب الدولة من الأتباع والأعوان والموظفين – بل والقضاة – وهذا هو بيت القصيد الذى سنناقشه ...

ولايكتفى بالنصوص القرآنية – بل إنه يضيف إليها "إجماع الأمة الإسلامية" الذى انعقد بعد وفاة رسولنا الأمين، على أنه لا طاعة لأولى الأمر فى الدولة الاسلامية إلا فى حدود ما أنزل الله ...

* * *

كلمة عارضة

أ – قبل أن نبين رأينا فى المنطق الذى استند إلى هذه الأسباب العديدة وأوصله إلى هذا الحكم القاطع، هناك موضوع عارض– إذ لابد أن نشير إلى ما قاله (فى الدليل التاسع). عند عرضه لما رُوى عن الجنود الذين رفضوا أن يطيعوا أمر قائدهم الذى أشعل نارا وأمرهم أن يلقوا بأنفسهم فيها اعتمادا على أن الرسول صلى الله عليه وسلم أمرهم أن يسمعوا له ويطيعوا .. وأن الرسول الكريم قد أقرهم على رفض طاعة ذلك القائد، قائلا إنهم لو أطاعوه فى هذا الأمر "الجائر الباطل" لبقوا فى النار، يقصد نار جنهم . لأنهم "قصّروا فى الاجتهاد" ولم يعملوا بالمبدإ الشرعى القائل بأنه لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق؛ وإلقاء أى شخص نفسه فى النار هو معصية ظاهرة لكل من يعرف مبادئ شريعتنا.

ومعنى ذلك أنه يؤيد ما قلناه سابقا من أن الفرد المكلف هو أول من يلتزم بالاجتهاد لاستنباط الأحكام الواضحة لنفسه لكى يلتزم بها ... فى حدود ما لديه من العلم، الذى هو فريضة على كل مسلم ومسلمة ... وأن من أصول شريعتنا أنه لاتوجد سلطة إلا ولها حدود لايجوز أن تتجاوزها.

ب – لقد عرض (فى الدليل رقم 11) المبادئ الشرعية التى تعطى "لأولى الأمر" حق إصدار النظم أو التشريع لضمان تنفيذ نصوص الشريعة بشرط الالتزام بما قررته من أحكام

وتكون نظمهم مشروعة طالما أنها لازمة لتنظيم أمور الجماعة وسد حاجاتها وأنها على أساس مبادئ الشريعة فيما لم يرد به نص شرعى. ثم أضاف لذلك (فى الدليل رقم 12) أن الأمراء أو الرؤساء أو السلاطين حين يتولون التشريع أو التنظيم فى الحدود المشار إليها يقومون به "بحسبانهم خلفاء الرسول، أو نوابا عن الجماعة الإسلامية". وهذا يؤيد ما قدمناه سابقا من أن حق التقنين الشرعى (فى المواد الجنائية وغيرها) إنما تمنحه الشريعة للجماعة أو الأمة، أو نوابها الذين تختارهم لذلك بحرية كاملة ... وليس لمن يستولون على السلطة بغير طريق الشورى الحرة، ويعطلون حق الشعوب فى اختيار من يمثلونها فى عملية الاجتهاد وهم أولو الأمر فى نطاق الإجتهاد والتشريع والتقنين فى نظرنا.

والآن نعود لموضوعنا :

نلاحظ قوله بأن أولى الأمر فى دولة إسلامية (أيا كان السند الذى يستندون إليه) ليس لهم أن يخرجوا على نصوص الشريعة، (فى نهاية الدليل رقم 12)، ويشير إلى أنه إنما أورد القواعد المتعلقة بأولى الأمر الشرعيين ليؤكد عدم الاعتراف لهم بحق التقنين إلا على أساس المصادر الشرعية وفى نطاق مبادئ الشريعة مؤكدا أن ذلك يسرى من باب أولى على المغتصبين للسلطة فى الدولة الإسلامية الذين يفرضون سيطرتهم بغير طريق الشورى وبالغلب والقوة دون بيعة حرة – وبذلك يتفادى التعرض للفصل فى مدى شرعية الدولة أو ولاية رئيس الدولة أو أولى الأمر فيها – الذين يتولون التقنين أو التشريع – فى هذا الموضع – وسارع ليؤكد (فى الدليل رقم 13) أن من يسميهم أولياء الأمر "يقصد رؤساء الدول" فى الدولة الإسلامية لايملكون حق التشريع، وإنما لهم حق التقنين أو التنظيم فقط؛ لأن التشريع الإسلامى من حق الله والرسول، هذا إذا كانوا قد تولوا الأمر بطريق شرعى – ومن باب أولى لو كانوا متغلبين أو مغتصبين للسلطة فى دولة إسلامية ..

والنتيجة التى يريد أن يصل إليها هى أن كل ما تصدره "الدولة" مما تسميه قوانين أو لوائح أو أوامر أو حتى دساتير وضعية إنما هى مجرد إجراءات تنفيذية – لامشروعية لها فى الإسلام إذا تعارضت مع أصول الشريعة أو مبادئها أو أحكامها؛ لأنها أدنى مرتبة منها.

قدمنا قوله إن الشريعة فى الإسلام هى فى نظره بمثابة الدستور الوضعى؛ بل إنها أعلى مما يسمى الآن بالدساتير "الوضعية".

وبينا أنه يؤكد ذلك بما ورد فى الدستور المصرى من أن دين الدولة الرسمى هو الإسلام (الدليل رقم 14)؛ ويستدل بذلك على أن كل ما يخالفها (من دساتير أو قوانين أو لوائح أو إجراءات أو أوامر) تكون باطلة ولايجوز تطبيقها أو الخضوع لها.

ولنا رأى فى هذه النتيجة التى توصل إليها نعرضه فى حاشيتنا على البنود التالية.

〈عوده〉 ١٩٤ـ *مدى بطلان مايخالف الشريعة* : قلنا : إن مايخالف الشريعة من قانون أو لائحة أو قرار باطل بطلانا مطلقا، لكن هذا البطلان لاينصب على كل نصوص القانون أو اللائحة أو القرار، وإنما ينصب فقط على النصوص المخالفة للشريعة دون غيرها؛ لأن أساس البطلان هو مخالفة الشريعة، فلا يمتد البطلان منطقيا لما يوافق الشريعة من النصوص ولو أنها أدمجت فى قانون واحد أو لائحة واحدة أو قرار واحد مع غيرها من النصوص المخالفة للشريعة، وتُعَدّ النصوص الموافقة للشريعة صحيحة مادامت قد صدرت من هيئة تشريعية مختصة، واستوفت الإجراءات الشكلية المقررة .

وإذا كان البطلان قاصرا على النصوص المخالفة للشريعة، فإن هذه النصوص لاتُعَدّ باطلة فى كل حالة، وإنما هى باطلة فقط فى الحالات التى تخالف فيها الشريعة، صحيحة فى الحالات التى تتفق فيها مع الشريعة، وليس هذا بمستغرب مادام أساس الصحة والبطلان راجع إلى موافقة الشريعة أو مخالفتها، إذ العلة تدور مع المعلول وجودا وعدما.

ومن الأمثلة على بطلان النص الواحد فى بعض الحالات وصحته فى بعض الحالات الأخرى، جريمة الزنا، فعقوبتها فى الشريعة رجم الزانى المحصن، وجلد الزانى غير المحصن. والزنا شرعا هو إدخال الحشفة أو مقدارها فى الفرج، فما كان دون ذلك فلا حد فيه، وإنما فيه التعزير. فالشروع فى الزنا ومقدمات الزنا من قبلة وعناق وملامسة كل ذلك لايعاقب عليه بعقوبة الحد: وهى الرجم والجلد. والفعل التام لايعاقب عليه فى بعض الحالات بعقوبة الحد إذا درئ الحد للشبهة أو كان الجانى صغير السن. وعلى هذا فالجرائم التامة التى يجب فيها الحد لايجوز أن تطبق عليها نصوص القانون، لأنها تخالف حكم الشريعة، وتعاقب بعقوبة غير عقوبتى الرجم والجلد اللتين توجبهما الشريعة. أما الجرائم التامة التى درئ فيها الحد، والجرائم غير التامة، فالعقوبة عليها هى عقوبة التعزير طبقا للشريعة. والتعزير من العقوبات التى تتركها الشريعة لتصرف الهيئات التشريعية. ولما كان قانون العقوبات صادرا عن هذه الهيئات–٢٦٥–، فإن عقوباته تعد تعزيرا عن الأفعال

[الصدر] تعليق "رقم–٢٦٥–": الهيئة التشريعية المعترف بها إسلاميا بنظر فقهاء المذهب الجعفرى هى التى تجتمع فيها الشروط المقررة فى الإسلام وتنتخب من الأمة، وعملها استخراج الاحكام من الشريعة الإسلامية . والهيئات التى وضعت القوانين فى البلاد العربية كلها لم تتصف بالأوصاف المذكورة، فهى ليست من الهيئات التى أوكلت عقوبة التعزير إليها، بل ظاهر بعض النصوص أن التعزير أوكل إلى الحاكم لا إلى الهيئة التشريعية أيا كانت فلا تكون أحكامها لازمة الاتباع وإن لم تخالف الإسلام إذ لا سلطة لها على ذلك. وكذا الكلام فى عقوبتى السرقة والقذف .

[الشاوى] رأينا فى "تعليق–٢٦٥– ": يؤيد فيه السيد الصدر ماقلناه دائما من أن استعمال اصطلاح "الهيئة التشريعية أو السلطة التشريعية" الرائج فى الفقه الوضعى لامحل له فى الفقه الإسلامى–وقد=

عوده التى لا يعاقب عليها بعقوبة الحد، أى بأى عقوبة مقدرة، ومن ثم تكون نصوص قانون العقوبات باطلة فى كل حالة يجب فيها الحد صحيحة فى كل حالة تستوجب التعزير.

والسرقة العادية عقوباتها القطع فى الشريعة، وعقوبتها الحبس فى القانون، ولكن حد القطع لايجب إلا فى سرقة تامة توافرت فيها شروط الحد. فإذا لم تكن السرقة تامة، أو لم تتوافر فيها شروط الحد فالعقوبة هى التعزير. والعقوبة المقررة فى قانون العقوبات هى عقوبة تعزيرية، ومن ثم تكون نصوص قانون العقوبات الخاصة بالسرقة باطلة فى كل سرقة عادية تعاقب عليها الشريعة بالقطع، وصحيحة فى كل سرقة تعاقب عليها الشريعة بالتعزير.

والقذف فى الشريعة عقوبته الجلد ثمانين جلدة، ولكن القذف المعاقب عليه بعقوبة الحد هو الرمى بالزنا أو نفى النسب، وماعدا ذلك لايُعَدُّ قذفا وإنما يُعَدُّ سبا وعقوبته التعزير. ولما كانت الأجزية فى قانون العقوبات تعازير فإن نصوص قانون العقوبات الخاصة بالقذف تعد باطلة فى كل قذف تعاقب عليه الشريعة بعقوبة الحد، وتعد صحيحة فى كل قذف أو سب تعاقب عليه الشريعة بعقوبة التعزير إلا فيما يختص بالمنع من إثبات القذف فإن الشريعة لاتمنع القاذف من إثبات ماقذف به بينما القوانين تمنع ذلك[1].

= توصل فقيهنا القاضى الشهيد عوده إلى القول بأن التشريع الجنائى الوضعى يمكن عَدُّه تعزيرات شرعية إذا كان خارج نطاق العقوبات المقررة (حدا أو قصاصا) ولم يتعارض معها فى نظره.

إن هذا القول يريح ضمائر قضاتنا الإسلاميين الذين يطبقون التشريعات الجنائية الوضعية حاليا، لكنه فى نظرنا يؤدى إلى تضييق نطاق التشريع الجنائى الإسلامى ليصبح مقصورا على أحكام الحدود والقصاص، ولذلك لانوافق عليه لأن التعازير الشرعية مرتبطة عضويا بالمعاصى الشرعية — وبالأحكام التكليفية فى شريعتنا، فلا يمكن تجاوز ذلك ولايجوز الاكتفاء بالنصوص الوضعية المستوردة التى لايلتزم واضعوها بمبادئ شريعتنا فى التكليف والتحريم ويكتفون بنقلها من الفقه الأجنبى. ونحن لانوافق ماجرى عليه بعضنا فى القول بتصحيحها بحجة أنها لاتتعارض مع العقوبات المقررة بنصوص شرعية، حدّا أو قصاصا كما يقول فقيهنا الشهيد عوده هنا .

إننا نؤيد ماقاله السيد الصدر بأن التشريع فى نطاق التعزير هو مهمة أهل الاجتهاد الذين قال عنهم إنهم تتوافر فيهم الشروط المقررة فى الإسلام وينتخبون من الأمة ويلتزمون بالأصول والمصادر الشرعية.

كما نؤيد قوله بأن ماقاله فقيهنا وأمثاله عن "الهيئات التشريعية" الوضعية التى لاتتوافر فيها شروط الاجتهاد — لايجوز أن يؤدى الاعتراف بولاية التشريع إلى الأمراء والسلاطين والرؤساء الذين يتبرءون من الشريعة ويعلنون أن التشريع حق "للدولة" التى يدعون تمثيلها وقاموا بالاستيلاء عليها بالقوة والغلب ... دون التزام بالشورى والبيعة الحرة التى فرضها الإسلام .

(١) راجع الفقرة ٢٤٠ — إثبات القذف حق للقاذف، وقانون العقوبات المصرى لايمس الحقوق الشرعية طبقا للمادة السابقة منه .

<عوده> ١٩٥- **مايترتب على بطلان النصوص المخالفة للشريعة**: يترتب على اعتبار النصوص المخالفة للشريعة باطلة بطلانا مطلقا نتائج مهمة نبينها فيما يلى :

أولا - من وجهة تطبيق النصوص الباطلة : يجب على القاضى ألايطبق النصوص القانونية الباطلة فى حالات البطلان، وعليه أن يطبقها فقط فى حالات الصحة. وليس للقاضى أن يحتج "بأن" القوانين لاتخوله حق الفصل فى صحتها وبطلانها مرتكنا فى ذلك إلى نفس هذه القوانين، فإن سلطة القاضى فى إبطال مايخالف الشريعة تأتى من الشريعة لامن القوانين المخالفة لها .

ويستوى أن يحكم القاضى ببطلان النص المخالف، أو يكتفى بالامتناع عن تطبيقه لبطلانه؛ لأن القاضى لابد أن يبين فى حكمه سبب امتناعه عن تطبيق النص وهو البطلان، وهذا البيان يساوى تماما الحكم بالبطلان ولو جاء فى أسباب الحكم فقط ولم يدخل فى منطوقه، لأنه سبب جوهرى.والأسباب الجوهرية تعد جزءا من منطوق الحكم.

وليس للقاضى أن يحكم بالبراءة بحجة بطلان النص المطلوب تطبيقه على الواقعة، أو بحجة أنه مكلف طبقا للقانون أن يحكم بعقوبة معينة فإن لم يحكم بها فعليه أن يبرئ المتهم. ليس للقاضى ذلك؛ لأن القول بالبطلان أساسه أن الشريعة تمنع من تطبيق غير أحكامها، وتوجب أن يعاقب مرتكب الجريمة بالعقوبات التى قررتها. فإذا أخذنا بحكم الشريعة فى بطلان نص القانون استلزم ذلك الأخذ بحكم الشريعة فى عقوبة الواقعة، فيجب إذن ألاّ يحكم القاضى بالبراءة، وأن يحكم بالعقوبة المقررة فى الشريعة الإسلامية مادام مختصا بنظر الجريمة .

وإذا اقتنع القاضى ببطلان النصوص المخالفة للشريعة وجب عليه أن يطبق حكم الشريعة، وليس يهمه بعد ذلك أن ينفذ حكمه أو لاينفذ مادام قد أدى واجبه وفعل مايعتقده حقا، فضلا عن أن التنفيذ ليس من اختصاصه، بل هو من اختصاص السلطة التنفيذية، وهى ملزمة بتنفيذ أحكام القضاء كلما كانت نهائية أو واجبة التنفيذ. فإذا أصبح حكم القاضى نهائيا اضطرت السلطة التنفيذية لتنفيذه .

ثانيا : من وجهة الاختصاص : وليس للقاضى أن يحكم بعدم اختصاصه بنظر الجريمة المعروضة عليه؛ لأنه مختص بنظرها طبقا لنص القانون الجنائى الذى أصدرته الهيئة التشريعية، ولأن النصوص التى تحدد الاختصاص صحيحة إذا صدرت ممن يملك توزيع الاختصاص. ولاعبرة بما كان عليه العمل قديما عند نظر جرائم الحدود، فإن القضاء فى الشريعة الإسلامية يتخصص بالزمان والمكان، ولولى الأمر طبقا للشريعة سلطة توزيع الاختصاص القضائى، وقد وزعه فيما يختص بالجرائم على المحاكم الجنائية بالشكل الوارد فى القوانين .

⟨عوده⟩ وإذا كان توزيع الاختصاص بين المحاكم الجنائية قائما أصلا على أساس جسامة العقوبة، إلا أن المشرع قد بين بشكل قاطع الجرائم التى تختص بها كل محكمة. ومادامت القوانين الجنائية لم تذكر شيئا عن عقوبات الشريعة، فلننظر إلى الجريمة ذاتها، فإن كانت من اختصاص المحاكم الجزئية عَدَّ القاضى نفسه مختصا-٢٦٦- وحكم بالعقوبة المقررة فى الشريعة بدلا من العقوبة التى جاء بها القانون ولاتقرها الشريعة، على أساس أن المشرع رضى له أن يحكم بالعقوبة المقررة لهذه الجريمة على كل من ارتكبها، وجعل الحكم بعقوبتها من اختصاصه .

وعلى هذا، يكون القاضى الجزئى مختصّا بنظر قضايا السرقة العادية، والقذف، والشرب. أما السرقة المصحوبة بإكراه أو تهديد، والسرقة التى ترتكب فى الطريق العام، وهى مايسمى فى الشريعة بقطع الطريق أو الحرابة، فهذه من اختصاص محاكم الجنايات لسببين . أولهما : أن الفعل المكون للجريمة جعل بنص القانون من اختصاص محاكم الجنايات : وثانيهما : أن الشريعة نصت على القتل عقوبة فى هذه الجريمة، والقتل عقوبة لايحاكم بها إلا محاكم الجنايات طبقا للقانون-٢٦٧- .

أما جريمة الزنا، فإن كانت من غير محصنين نظرنا إلى الفعل المنسوب إليهما، فإن كان القانون قد جعله من اختصاص محكمة الجنح حوكم المتهمان أمام هذه المحكمة، وإن كان قد جعله من اختصاص محاكم الجنايات حوكم المتهمان أمامها. ويمكن القول بأنه لاداعى لاختصاص محاكم الجنايات فى الزنا من غير محصنين؛ لأن اختصاص هذه المحاكم كان أساسه توقيع عقوبة خاصة تخالف العقوبة التى توقعها محكمة الجنح، فإذا كان الفعل لايعاقب عليه فى الشريعة إلا بعقوبة واحدة هى الجلد، كان من المعقول أن تكون محكمة الجنح هى المختصة، مادامت تختص بتوقيع عقوبة الجلد على الزنا فى بعض الصور.

وإذا كان الزنا من محصنين فالجريمة من اختصاص محاكم الجنايات؛ لأن العقوبة المقررة للزنا هى الرجم أى القتل بطريق معين، والحكم بعقوبة القتل من اختصاص محاكم الجنايات، وليس من اختصاص القاضى الجزئى. وإذا كان أحد الزانيين غير محصن ،

⟨الصدر⟩ تعليق "رقم-٢٦٦-": إذا كان فيه أهلية القضاء وكانت الجهة التى عينت له الاختصاص معترفا بها شرعا .

⟨الصدر⟩ تعليق "رقم-٢٦٧-": إذا كانت الهيئة التى سنته معترفا بها شرعا، وإلا فلا يتبع القانون فى كل مايشتمل عليه ولا يتبع فى تعيينه اختصاص المحاكم، بل لأى قاض تجتمع فيه الشرائط أن ينظر فى جميعها.

⟨الشاوى⟩ رأينا فى "التعليقين رقمى-٢٦٦-،-٢٦٧-": إننا نرى أن المعلق الشيعى على حق فى أنه لايجوز تجاهل الشروط التى وضعها الفقه لأهلية القضاء، بل وشرعية الجهة التى تعطيه ولاية القضاء وتحدد اختصاص المحاكم المختلفة ... لأن كل ماتقرره القوانين الوضعية حاليا لايراعى فيه تلك المبادئ الشرعية، ولذلك يكون عَدُّها تعازير شرعية فيه تجاوز لانقره .

〈عوده〉 فالاختصاص لمحاكم الجنايات أيضا؛ لأن فعل الزنا لايمكن تجزئته، ووحدة الفعل المنسوب للزانيين تقتضى أن يحاكما عليه أمام محكمة واحدة؛ ولأن القاضى الجزئى لايملك عقاب الزانى المحصن، وإن كان له أن يعاقب الزانى غير المحصن. أما محكمة الجنايات، فتملك عقاب الزانى المحصن بالرجم وتملك أن تعاقب بما هو أدنى من الرجم كالجلد؛ لأن من يملك الأكثر يملك الأقل .

ثالثا : من وجهة تطبيق القوانين بصفة عامة : يترتب على الأخذ بنظرية البطلان ألاّ يطبق من أحكام القوانين الوضعية جنائية أو مدنية، أو تجارية، أو دولية..إلخ، إلا الأحكام التى تتفق مع نصوص الشريعة، إذا كانت الشريعة قد نصت صراحة على أحكام خاصة، أو الأحكام التى تتفق مع مبادئ الشريعة العامة وروحها التشريعية، إذا لم تكن الشريعة قد نصت على أحكام خاصة. أما الأحكام المخالفة للشريعة فتهمل إهمالا تاما، وتحل محلها أحكام الشريعة مع مراعاة اختيار الآراء الشرعية التى تنسجم مع نصوص القوانين الصحيحة.

ولايشترط-٢٦٨- لصحة نصوص القوانين أن تكون أحكامها موافقة لمذهب معين فى الشريعة كالمذهب الحنفى مثلا أو المالكى، بل يكفى لعَدِّ حكم القانون صحيحا أن يكون موافقا لرأى أحد المجتهدين من فقهاء الشريعة، إذ إن اختيار المشرع لحكم متفق مع مذهب شرعى يُعَدُّ أخذا بالمذهب المتفق مع هذا الحكم .

وإذا كان بعض الحكم متفقا مع الشريعة وبعضه مخالفا لها فالمخالف باطل، ويحل محله حكم الشريعة الذى ينسجم مع بقية الحكم الذى لم يبطل دون حاجة للتقيد بمذهب شرعى معين-٢٦٩- .

وعلى هذا الأساس يمتنع التنافر بين النصوص، ويكون هناك تناسق بين النصوص الشرعية والنصوص القانونية. على أن هذا لايمنع المشرع فيما بعد من اختيار النظريات الشرعية التى تتفق مع حالتنا الاجتماعية-٢٧٠-، وتعديل القوانين تعديلا شاملا على أساس هذه النظريات.

رابعا : م: يترتب على بطلان النصوص القانونية المخالفة للشريعة أن تطبق المحاكم فى الحال نصوص الشريعة الإسلامية دون حاجة لتدخل من الهيئة التشريعية، كما يترتب على البطلان أن تلتزم الهيئة التشريعية حدود الشريعة فيما تصدره من قوانين ولوائح ن وجهة تطبيق الشريعة وقرارات جديدة .

〔الصدر〕 تعليق "رقم-٢٦٨-": لايصح للقاضى أن يحكم إلا على وفق فتواه إن كان مجتهدا أو فتوى من يرجع إليه فى التقليد إذا لم يكن مجتهدا. فكل قانون يكون مخالفا لرأيه يكون باطلا بنظره إلا أن يكون موافقا للمذهب الذى تلزم الدولة الإسلامية باتباعه.

〔الصدر〕 تعليق "رقم-٢٦٩-": مر علينا الكلام فى ذلك قريبا فراجع .

〔الصدر〕 تعليق "رقم-٢٧٠-": إذا كانت موافقة لرأيه أو لرأى يرى حجيته .

۞ 194، 195 – لانتفق مع النتائج التي توصل إليها :

يهمنا هنا كلامه عن حكم القوانين الوضعية فى المواد الجنائية وخاصة فيما يتعلق بتعطيل عقوبات الحدود والقصاص، أو الاكتفاء بعقوبات يمكن أن تُعَدَّ تعزيرية. فهو يرى أن النصوص الوضعية التى تعاقب على بعض الجرائم بعقوبات غير تلك المحددة لها بالنصوص الشرعية (حدا أو قصاصا) تُعَدّ باطلة؛ لأنها فى نظره تعطل الحدود أو القصاص، وهو فى هذا منطقى مع الاتجاه الذى سار عليه من قبل وهو الفصل التام بين أحكام هذه الجرائم وبين أحكام جرائم التعزير .

وقد سبق لنا أن انتقدنا هذا الرأى وخالفناه، وقلنا إن ما أورده من أقوال الفقهاء يدل على أن عقوبة التعزير عامة فى جميع الجرائم، وأن القصاص أو العقوبة الحدية ليست إلا الحد الأقصى للعقوبة الذى يجب الحكم به عند توافر شروط أو ظروف معينة مشددة للعقوبة؛ وأنه فى حالة عدم وجود هذا الظرف المشدد أو عند تعذر الحكم بهذه العقوبة القصوى بسبب من الأسباب، فإنه يجب على القاضى أن يحكم بعقوبة تعزيرية لأنها هى الأصل؛ فعقوبات التعازير ليست غريبة على هذه الجرائم وليست مستبعدة منها بدليل أن بعض الأئمة أجاز أن يضاف التعزير إلى العقوبة المقررة، ولذلك فإن تطبيق هذه القوانين بمعرفة القاضى لايكون فى نظرنا خطأ من جانبه ولاباطلا فى ذاته فى حالة وجود مانع من تطبيق عقوبة الحد أوالقصاص – والمانع فى هذه الحالة هو ممارسة الدولة سلطة تخصيص القضاء وصدور أمرها بحرمان القضاة من الحكم بالعقوبة المقدرة حدا أو قصاصا .

فى مثل هذه الأحوال، فإن الخطأ هو تعطيل عقوبة الحد الأقصى بدون مبرر شرعى؛ والذى قرر هذا التعطيل ليس هو القاضى، وإنما هى سلطات الدولة التى خصصت القضاء وفرضت على القاضى الاكتفاء بالعقوبة التعزيرية؛ و نرى أنه فى هذه الحال لامفر من التزامه بتطبيق هذا النص احتراما لمبدإ تخصص القضاء. وإذا كان هناك خطأ أو عيب فى هذا الوضع فهو يقع على عاتق سلطة الدولة التى عطلت الحد أو القصاص وليس على القاضى الذى يحكم بمقتضى النص الوضعى بعقوبة يَعُدُّها فقيهنا تعزيرية.

إن الفقيه الشهيد كان قاضيا فى المحاكم المصرية، وكان مثل كثيرين غيره يشعر بحرج إزاء تطبيق القوانين الجنائية التى تفرض عقوبات يمكن عَدُّها تعزيرية فقط من باب التجوز فى جرائم الحدود أو القصاص؛ وكان هذا الحرج أول الأسباب التى دعته للاستقالة ليتفرغ للدعوة والتأليف. لكن كثيرين غيره بقوا فى سلك القضاء، وطبقوا هذه الأحكام الوضعية، وما يزال منهم كثيرون للآن؛ وكان منهم صديقنا الراحل المرشد العام الثانى للإخوان المسلمين المستشار حسن الهضيبى، الذى عمل بالقضاء حتى وصل إلى أعلى درجاته قبل اختياره مرشدا للإخوان المسلمين.

۞ لانوافق علي قوله إن القاضي يلتزم بعدم تطبيق التشريع الجنائي الوضعي :

وإنصافا لهؤلاء، فإننا يجب أن نذكر أنهم كانوا على حق عندما التزموا بتطبيق تلك التعازير برغم أن إلزامهم بها كان يؤدى إلى عدم تطبيق عقوبة الحد أو القصاص المقررة لها فى الشريعة فى أحوال استثنائية وبشروط عديدة؛ وذلك لأنهم ليسوا هم الذين قرروا تعطيل تلك العقوبات الحدية، وهذا التعطيل لايمنع من تطبيق العقوبات التعزيرية بل يوجب ذلك لأننا قلنا إن التعازير عامة على جميع الجرائم بما فى ذلك جرائم الحدود والقصاص والدية. إن تعطيل الحد أو القصاص فى نظرنا باستعمال سلطة تخصيص القضاة موجب للتعزير طالما أن الجريمة ثابتة لأن الأصل هو تطبيق عقوبة التعازير دائما كلما تعذر الحكم بعقوبة الحد أو القصاص لأى سبب من الأسباب، وبالتالى فإننا لانذهب إلى حد القول ببطلان هذه النصوص؛ وإنما نرى أن هناك خطأ من جانب المشرع الوضعى،[1] وهذا الخطأ يجعل القاضى ملزما بتطبيق عقوبة تعزيرية .

* * *

إنه تحمس لتطبيق مبدإ البطلان على أوامر رؤساء الدول الذين يمنعون القضاة من تطبيق الحدود – ورأى أن من واجب القاضى المسلم أن يرفض هذا الأمر الباطل لأنه مخالف للشريعة التى هى قمة النظام الدستورى بحسبان أن تلك الدولة إسلامية، لكنه فى ذروة هذه الحماسة نسى أن هناك مبادئ عامة ونظريات عديدة لا بد من إعمالها، وسوف نرى أنها قد تؤدى إلى غير النتائج التى توصل إليها.

أولى هذه النظريات التى أقرها الفقه هى حق "الدولة" فى تخصيص القضاة الذين تعينهم بأن تحدد لكل منهم اختصاصه بالنطاق المكانى أى بالاقليم الذى يتولى القضاء فيه ولا يتجاوز حدوده – وكذلك اختصاصه بنوع من القضايا ونوع العقوبات التى يختص بها دون غيرها؛ فإذا عين للفصل فى قضايا الأحوال الشخصية لم يكن له الحق فى أن يفصل فى الجنايات أو المعاملات المدنية. بل ولها كذلك أن تعين له نوع الجرائم التى يختص بها والعقوبات المقررة لها، فإذا عين للفصل فى قضايا الجنح التى لا تتجاوز عقوبتها الحبس ثلاث سنوات لم يكن له أن يفصل فى غيرها ولا أن يحكم بما هو أكثر من تلك العقوبات أو يختلف عنها .

---

(1) نشير إلى ما قاله الشهيد عودة فى البند (199) من أن المشرعين الوضعيين فى بعض البلاد قد تعمدوا إغفال النصوص الشرعية إغفالا تاما فى القوانين الجنائية الوضعية: "وبهذا خرج أولو الأمر عن حدود وظيفتهم (التى لاتُجيز لهم التدخل فى سلطة التشريع)، وهذا الخروج إذا كان لايؤدى إلى بطلان كل عملهم؛ فإنه يؤدى إلى بطلان ما يصدر عنهم مخالفا للشريعة...".

❁ المسئولون فى الدولة هم الذين عطلوا الحدود، وليس القاضى الذى خصصته للحكم فى التعازير وحدها :

وفى حالتنا هذه نرى "الدولة" قد عينت قضاها للحكم فى التعازير، ولم تمنحهم ولاية الفصل فى القصاص أو الحدود. وعلى ذلك، فإن ولايتهم تكون فى هذا النطاق وحده – متى قبلوا هذه الولاية – وليس لهم الحق فى أن يتجاوزوا العقوبات التعزيرية أو يحكموا بغيرها، بحجة أن الجريمة المعروضة عليهم عقوبتها الشرعية هى القصاص أو الحد الذى قرره القرآن الكريم. إنه لا حق للقاضى فى ذلك، لأنه ملتزم بما قررته "الدولة" التى عينته والتى من حقها حسب الفقه أن تحدد له نطاق ولايته وتمنعه من تجاوزها .

فكيف نقبل من فقيهنا أن ينصحه بالحكم بعقوبة الحد أو القصاص، لأن القرآن فرض ذلك ؟ وهذا هو أمر الخالق وعليك أن تنفذه وترفض تنفيذ أمر "المخلوق" الذى عينك، أى أنه يطلب منه تجاوز حدود ولايته التى حددها له الدولة بمقتضى حقها فى "تخصيص القضاء" .

لقد أفاض فى بداية البند -195- فى الكلام عن الاختصاص، وأن ولى الأمر له طبقا للشريعة سلطة توزيع الاختصاص القضائى، وأن النصوص التى تحدد الاختصاص صحيحة إذا صدرت ممن يملك توزيع الاختصاص. ونحن نعتقد أن بعض النتائج التى توصل إليها تؤدى إلى تجاهل قواعد الاختصاص والمبدإ الشرعى الذى أشار له، وهو أن القضاء فى الشريعة يتخصص بالزمان والمكان والموضوع .

* * *

إننا لانحسب أن هناك أى خطأ من جانب القاضى إذا لم يعمل برأى فقيهنا فى تجاهل حدود اختصاصه، لأنه ليس هو المسئول عن تعطيل عقوبات الحد أو القصاص فى تلك الأحوال؛وإذا كان هناك خطأ فهو من جانب سلطات الدولة التى وضعت تلك النصوص واقتصرت فيها على عقوبات معينة؛ لذلك لانذهب إلى حد القول بأن القاضى يجب عليه تجاهل تلك العقوبات ولا أن يحكم بغيرها كما قرر مرارا .

* * *

هناك نظرية أخرى يجب ألا ننساها – يمكن أن يحتج بها المدافعون عن عمل هذه الدول الصغيرة ذات الولاية المحدودة، وإن كان المسئولون عنها يتفادون الاعتراف بذلك أمام الناس، وإن اعترفوا بها أمام ضمائرهم وفى مجالسهم الخاصة.

هذه هى نظرية الضرورة أو الاضطرار .

۞ الضرورة الناتجة عن سيطرة القوى الأجنبية يحتج بها بعض أولياء الأمر فى دولنا الصغيرة:

إن من واجبنا كفقهاء أو علماء أن نعلن الخطأ الذى ترتكبه سلطات الدولة التى تعطل الحدود، وندين هذا الانحراف ونحدد المسئولين عنه، ومدى مسئوليتهم. وهنا لابد أن نلاحظ أنه فى بعض الأحيان ليس ناتجا عن ضعف فى العقيدة أو عدم الالتزام بأحكام الشريعة، بل إن بعض المسئولين فى تلك الدول القطرية المعاصرة الذين تقع عليهم مسئولية التشريع الوضعى يَعُدُّون أنفسهم مضطرين لهذا المسلك لأن هناك ضغوطا أجنبية تضطرهم لذلك ويعتقدون أنهم لا يستطيعون مقاومتها – ولذلك يمكن لهم فى نظرهم أن يحتجوا بوجود حالة ضرورة تبيح لهم المحظورات فى نظرهم ونظر من يفتون لهم .

وهذا يُعَدّ اعترافا من هؤلاء الحكام بأن ولايتهم محدودة وسلطتهم فى تطبيق العقوبات المقدرة شرعا معطلة بفعل قوى أجنبية فرضت عليهم ذلك .

صحيح أن هؤلاء المسئولين لايصرحون بذلك علنا خشية أن يسيء ذلك إلى صورهم كملوك أو رؤساء أمام الجماهير المسلمة التى تطالب دولها والمسئولين فيها بموقف بطولى شجاع فى رفض الضغوط الأجنبية فى هذا المجال وغيره من المجالات؛ لكننى أعلم أن كثيرين منهم يدافعون عن هذا المسلك أمام ضمائرهم وأمام أصدقائهم بوجود حالة الضرورة أو الاضطرار، ولايحسبون أنهم خالفوا أمر الله ورسوله ولا يدّعون أنهم غير ملزمين بأحكام الشريعة بل يعلنون تقديسهم لها لكنهم معذورون فيما قرروه[1] .

ونظرية ثالثة يمكن الحديث عنها فى هذا الصدد – وهى نظرية "السلطة الفعلية" أو "الولاية المفروضة الواقعية".

---

(1) ذكرت فى كتابى"سيادة الشريعة الإسلامية فى مصر"أن الدول الأجنبية حاولت فى مفاوضات "مونترو" فرض نص يلزم مصر بعدم تطبيق الشريعة الإسلامية ولكن المفاوضين المصريين رفضوا ذلك، وأقنعوا الطرف الآخر وهو الدول صاحبة الامتيازات بالاكتفاء بخطاب ملحق موقع عليه من رئيس وفد مصر بأن حكومتها لاتنوى فرض أحكام تخالف ما يسمى المبادئ المعمول بها فى القوانين "العصرية" .. وتركوا بذلك المجال مفتوحا للمناقشة فيما يُعَدُّ مخالفا أو غير مخالف لهذه المبادئ – ولاشك فى أن بعض الدول الكبرى ما زالت حتى الآن تعلن معارضتها لتقنين الشريعة أو تنفيذ بعض أحكامها وخاصة فى مجال الحدود أو القصاص .. زاعمين أن ذلك مما يَعُدُّونه هم مخالفا للمبادئ العصرية التى يعطون لأنفسهم وحدهم الحق فى احتكار تحديدها وإلزام غيرهم بها .. ولديهم القوة والنفوذ اللازم لذلك،ويزعمون أن العقوبات البدنية فى الحدود تخالف مبادئهم "العصرية" التى يصرون على فرضها علينا كأننا تابعون لهم .

❁ كثير من الفقهاء قبلوا ولاية القضاء من سلاطين وأمراء مشكوك فى صحة ولايتهم، وعَدُّوا أن ذلك أخف الضررين :

لقد تولى الخلافة فى الدول الإسلامية الكبرى من استولوا على السلطة بغير الطريق الشرعى، وهو طريق الشورى والبيعة الحرة، وفرضوا على الناس الخضوع لسلطانهم بحد السيف فضلاً عن التهديد والتخويف، وكان فى مجتمعنا كثير من العلماء والفقهاء بل والأئمة الذين عاصروهم. وإزاء هذا الوضع فقد اختلفت اجتهاداتهم ومواقفهم :

أ – فذوو العزم والثبات رفضوا ولاية القضاء بأمر هؤلاء الخلفاء أو السلاطين أو الأمراء، لأنهم عَدُّوا ولايتهم غير شرعية وأن قبول ولاية القضاء بأمرهم وشروطهم قد يفسره العامة على أنه اعتراف بشرعية ولايتهم التى يعرفون أنها غير شرعية وغير صحيحة.

والتاريخ يحفظ لنا أسماء الأئمة الأعلام الذين رفضوا ولاية القضاء فى تلك الظروف، وتحملوا فى سبيل ذلك كل أساليب الاضطهاد والإيذاء. وأسماؤهم معروفة ... ويكفى أنه كان منهم الإمام الأعظم أبو حنيفة النعمان الذى رفض تولى القضاء، وبرغم ذلك فإن أكبر تلاميذه وأشهرهم أبو يوسف قد قبل ما لم يقبله أستاذه وتولى القضاء ...

صحيح أن أبا يوسف وأمثاله من أسلافنا الذين تولوا القضاء فى دول الخلافة كانوا يطبقون أحكام الشريعة بخلاف قضاة اليوم الذين يلتزمون بتطبيق القوانين الوضعية، لذلك قلنا إن مشكلتنا الآن عصرية لم تعرف من قبل .

* * *

وإذا كنا حاولنا عرض حجة بعض "ولاة الأمر التنفيذى" الذين يحتجون أمام ضمائرهم بالضرورات الناتجة عن "التحذيرات" الأجنبية، فإن الإنصاف أوجب علينا بالنسبة لمن يتولون القضاء ويطبقون "القوانين الوضعية" التىتتجاهل الحدود والقصاص – فى العصر الحاضر – وذلك لأنهم ليسوا مبتدعين فى ذلك، فقد سار على هذا النهج قبلهم فقهاء من أسلافنا ليسوا موضع شك فى علمهم ونزاهتهم، ممن قبلوا تولى منصب القضاء بقرارات السلاطين والخلفاء المعروف عنهم تعطيل الشورى وهى من أهم أصول شريعتنا؛ باستيلائهم على السلطة بالقوة والغلب والقهر... ونحن نعتقد أن ضمائرهم كانت مستريحة لأن الواقع كان يفرض عليهم ذلك فى نظرهم، لأن رفض منصب القضاء من جانبهم كان يترتب عليه ترك الساحة لمن هم أقل منهم علما والتزاما بمبادئ الشرع.

لهذا كله فإننا لانوافقه على النتيجة التى توصل إليها من دعوة القاضى الذى يؤمن بالشريعة إلى أن يرفض منصب القضاء أو يرفض تطبيق الأحكام التى تقرها القوانين الوضعية؛ لأن هذا "الموقف البطولى" الذى يدعوهم إليه يتجاهل قاعدة شرعية هى تخصيص القضاء بما يلزمهم به من عينوهم – وأكثر من ذلك سوف يترتب عليه خروجهم من ساحة العدالة ليمرح فيها من هم أقل منهم إيمانا وعلما ونزاهة ...

❁ السلطة الواقعية للاحتلال الأجنبي هي ضرورة تجيز للقاضي المسلم تولي القضاء لتطبيق شريعتنا لأنها شريعة الأمة وليست شريعة الدولة :

إننا نرى فقهاء كثيرين، بل أئمة قبلوا ولاية القضاء في الماضي والتزموا بالشروط التي فرضها هؤلاء الخلفاء أو السلاطين المغتصبون للولاية، بل وقرروا لنا ذلك المبدأ الشهير الذي أشرنا إليه من قبل، وهو حق الدولة التي عينت القاضي في تخصيص القضاء، ولو كانت دولة غير شرعية أو ظالمة ... ما دامت ذات سلطة واقعية أو فعلية ...

وهؤلاء الأئمة أو الفقهاء الذين قبلوا تولي القضاء كانوا يرون ذلك أخف الضررين — لأن الضرر الناتج عن رفضهم ولاية القضاء هو ترك الساحة خالية للمنافقين والفاسقين ليتحكموا في أعراض الناس وأرواحهم ويمسكوا بسيف السلطة ليتكلموا باسمها. إن قبول العالم التقي الورع لهذه الولاية رغم أنه يضحي بواجبه في مقاومة سلطان غير شرعي، إلا أنه على الأقل سيسد الباب أمام تعيين قضاة لا يستحقون هذه الولاية وليسوا أهلا لها .

* * *

يكفينا الإشارة إلى هذه المبادئ أو النظريات التي نرى أنه لا يجوز تجاهلها بحجة الاكتفاء بتطبيق مبدإ أو نظرية "البطلان" في الشريعة التي عنى بها دون غيرها .

إننا لم نذكرنظرية رابعة لها الأولوية على كل ذلك، وهي مبدأ وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر الذي يوجب على الأفراد جميعا —والعلماء والفقهاء في مقدمتهم— أن يعملوا لإزالة سلطان من يعتقدون أنه اغتصب السلطة بدون طريقها الشرعي. والأصل أن تكون المقاومة باليد — أي بقتال الخليفة أو السطان المغتصب — وإذا لم يستطع ذلك فعليه الدعوة لذلك أي أن يقاوم بلسانه، فإن لم يستطع فعليه أن ينكر ذلك في ضميره وقلبه، وهذا أضعف الإيمان. ويظهر من تاريخنا أن عامة الناس، بل وعامة العلماء والفقهاء، قد اكتفوا بأضعف الإيمان لاعتقادهم أنهم لا يستطيعون أكثر من ذلك .

فلماذا نفرض على القضاة في عصرنا الحالي أن يلتزموا بأكثر من ذلك ؟

* * *

وأخيرا هناك نظرية خامسة لا يمكن أن ننساها :

هي أن شريعتنا هي شريعة الأمة وليست شريعة الدولة أيا كانت، إن الدولة غير الاسلامية خارجة عن نطاق هذا البحث .

إن فقيهنا حصر بحثه في موقف القاضي المسلم من تطبيق القوانين الوضعية في الدولة الإسلامية، أو التي ينص دستورها على أنها دولة إسلامية، وبنى حكمه على أن النص على عَدّ الدولة إسلامية يجعلها ملزمة بتطبيق الشريعة، ويجعل الشريعة في موضع دستور تلتزم قوانينها الوضعية بعدم مخالفته، وتكون تلك القوانين باطلة في نظره إذا كانت مخالفة لأحكامها.

۞ السلطات الوضعية العلمانية حكمها مثل سلطات الاحتلال الأجنبي:

لذلك فإننا نعتقد أنه لم يتعرض للبحث فى المشكلة ذاتها إذا كانت الدولة غير إسلامية كالدول الأجنبية التى تحتل بلدا إسلاميا، كما كان الحال مثلا فى إندونيسيا وماليزيا والهند والجزائر فى أثناء الاحتلال الأجنبى، وكما كان الحال فى آسيا الوسطى تحت الاحتلال الشيوعى... وهكذا .

نعتقد أن رأيه لا يختلف عما ذهبنا إليه فى تلك الأحوال، لأن ما قلناه ينطبق عليها من باب أولى – إذ إن الموضوع ليس موضوع شرعية القوانين التى تفرضها تلك القوى الأجنبية، وإنما هو فى الحقيقة وجوب مقاومة الاحتلال مقاومة فعلية حتى يقضى عليه، وليس هذا واجبا خاصا بالقضاة، بل إنه واجب عامة الشعوب، وهذا هو ما فعله المسلمون فى تلك البلاد ونجحوا فيه إلى حد كبير .

والحال كذلك فى نظرنا بالنسبة للشعوب الإسلامية التى لا تحكمها دولة أجنبية وإنما تخضع لحكومات "وطنية" لا تعلن الصفة الإسلامية للدولة، بل ينص دستورها أو يعلن رؤساؤها أنها حكومات لا دينية أو علمانية أو أنها لا تطبق الشريعة ولا تقبل الالتزام بها، فإن الشعوب هى التى تلتزم بالسعى لإلزام دولها بالخضوع للشريعة وتطبيقها، لأنها شريعة الأمة.

من حسن الحظ أن فقيهنا يميز بين الأمة والدولة، ولا يعترف للدولة أيًا كانت بطابع شمولى سواء كانت شرعية أو مفروضة بالقوة، بل هى مجرد مؤسسة نظامية أو عسكرية تفرض الولاء الواقعى لها فى الشئون الدنيوية، ولا يعترف لها الإسلام بالحق فى التدخل فى عقيدة الأمة ولا فى شريعتها – فشريعتنا هى شريعة الأمة سواء رضيت الدولة أم لم ترض به، وسواء كانت دولة وطنية أو أجنبية، والأمة بجميع شعوبها هى المسئولة عن إلزام الدول بتطبيق شريعتها ....

والواقع أن فقيهنا قصر بحثه على موقف القاضى المسلم من تطبيق القوانين الوضعية للدولة التى عينته، وقد يفهم من كلامه أن الموضوع خاص بتطبيق الحدود، مما يمكن البعض من الزعم أن تطبيق الشريعة هو تطبيق الحدود، فى حين أن أحكام الشريعة شاملة متكاملة، ولايجوز الاكتفاء بتطبيق الحدود أو ترويج القول بأنه يكفى لتطبيقها تنفيذ الحدود مع إهمال الأحكام الأخرى، وبخاصة مبدأ الشورى وتحديد سلطة الحكام ومساءلتهم كما بين هو تفصيلا فى التقديم والتمهيد .

إننا نرى أن تطبيق الحدود لايجوز أن تقوم به سلطة غير إسلامية أو سلطة استولت على الحكم بالقوة والبغى. وإذا كان القاضى لايستطيع أن يلزم الحكومة التى عينته بمبادئ الشورى وسيادة الأمة، فكيف نلزمه بتنفيذ الحدود الجنائية على الأفراد، وعلى المسلمين وحدهم، بواسطة قضاء غير شرعى وغير مستقل عن سلطة الدولة التى فرضت ولايتها بطريقة واقعية لاأساس لها من الشرع ؟

﴿عوده﴾ ١٩٦ـ *مدى التغيرات التى ستترتب على الأخذ بنظرية البطلان:* يترتب على الأخذ بنظرية البطلان عدم تطبيق النصوص المخالفة للشريعة وإحلال نصوص الشريعة محلها، ولن يؤدى تطبيق أحكام الشريعة إلى إحداث تغيير كبير فى أوضاعنا القانونية؛ لأن معظم النصوص القانونية لاتختلف عن أحكام الشريعة. وإذا خالف بعض النصوص مايقول به بعض الفقهاء فإن هذه النصوص تتفق مع مايقول به البعض الآخر من الفقهاء. وسنكتفى هنا ببيان التغييرات التى تصيب قانون العقوبات(١) وهى ترتبط إلى حد كبير بنوع الجريمة، وتختلف بحسب ماإذا كانت الجريمة من جرائم الحدود، أو جرائم القصاص والدية، أو جرائم التعازير .

١٩٧ـ *أولا : فى جرائم الحدود* : جرائم الحدود معدودة فى الشريعة وهى على سبيل الحصر سبع جرائم-٢٧١- : الزنا، القذف، الشرب، السرقة، الحرابة، الردة، البغى. وتعاقب الشريعة على هذه الجرائم بعقوبات معينة تسمى حدودا. ويشترط لعقوبة الحد أن تكون الجريمة تامة، وألاّ يكون هناك مانع شرعى من توقيع العقوبة، فإذا توافر هذان الشرطان فلابد من عقوبة الحد. وفى هذه الحالة يجب تطبيق نصوص الشريعة، وتبطل نصوص القانون ويمتنع تطبيقها .

أما فى الحالات التى لايعاقب فيها على هذه الجرائم بعقوبة الحد كأن كانت الجريمة تامة ولم تستوف شروط العقوبة، أو درء الحد للشبهة، أو كانت الجريمة شروعا، فالعقوبة فى هذه الحالات طبقا للشريعة هى عقوبة التعزير، والتعزير يرجع فيه إلى ولى الأمر. ونصوص قانون العقوبات ليست إلا تعازير مقررة ممن يملك حق تقريرها-٢٧٢-، فيكون قانون العقوبات هو الواجب التطبيق فى هذه الحالات. وإذن فقانون العقوبات لن

[الصدر] تعليق "رقم-٢٧١-": مر علينا سابقا أن الفقه الجعفرى يضيف إلى هذه الجرائم ثلاثة وهى اللواط والمساحقة والقيادة .

[الصدر] تعليق "رقم-٢٧٢-": مر علينا قريبا أن السلطات التشريعية فى البلاد العربية غير متصفة بالأوصاف المشترطة فى الهيئات التى لها حق التشريع، فلا يكون تشريعها لازم الإطاعة لا فى جرائم الحدود ولا فى غيرها .

---

(١) رأينا الاكتفاء هنا ببيان التغييرات التى تصيب قانون العقوبات المصرى نتيجة للأخذ بنظرية البطلان؛ لأن هذا الكتاب خاص بالجريمة والعقوبة، ونستطيع بعد أن عرفنا أساس البطلان أن نعرف النصوص المدنية الباطلة ومدى بطلانها، وأن نعرف النصوص الباطلة فى قوانين الإجراءات ومدى بطلانها. وهكذا نستطيع كلما عرفنا حكم الشريعة وحكم القانون أن نقول : إن حكم القانون باطل إذا كان مخالفا للشريعة،وإنه صحيح إذا كان موافقا للشريعة.

<عوده> يعطل إلا فى جرائم الحدود التامة المستوفية لشروط الحد، وهذا القول ينطبق على كل جرائم الحدود عدا جريمة الردة-٢٧٣- فلها حكم خاص .

الردة : تعد الشريعة الردة جريمة ماسة بالنظام العام، وتعاقب عليها بعقوبة القتل. وعقوبة الردة لايمكن إسقاطها بحال فى الشريعة. أما قانون العقوبات فلا يَعُدُّ الردة جريمة ولايعاقب عليها. ولما كان كل مايخالف الشريعة باطلا فقد وجب تطبيق حكم الشريعة على كل مرتد، والحكم عليه بالعقوبة المقررة طبقا للشريعة، ولو أن قانون العقوبات المصرى لم يذكر عن الردة شيئا .

وهذا القول إذا أمكن تقريره من الوجهة النظرية، فإن من الصعب عملا تنفيذه، فليس فى الإمكان محاكمة المرتد والحكم عليه إلا إذا عرض أمره على القضاء، وعرض الجرائم على القضاء مقيد بإجراءات خاصة تتخذها النيابة العمومية، وعلى هذا فسيظل نص الردة الشرعى معطلا حتى ترى النيابة العمومية تنفيذه. على أن جريمة الردة يمكن أن تعرض على القضاء بصورة عكسية، فالشريعة تهدر دم المرتد ولاتعاقب قاتله؛ لأنه أتى فعلا مباحا، فإذا قتل المرتدَّ إنسان وعرض أمر القاتل على القضاء وجب على القاضى أن يبرئه؛ لأنه قتل نفسا غير معصومة؛ ولأن الشريعة تجعل من واجب كل إنسان لا من حقه أن يقتل المرتد. وهذا الواجب ليس فرض عين، وإنما هو من فروض الكفاية إذا قام به فرد سقط عن الآخرين.

[الصدر] تعليق "رقم-٢٧٣-": سيأتى الكلام عنها قريبا ان شاء الله .

[الشاوى] رأينا فى "التعليقات من-٢٦٨- إلى-٢٧٣-": ماقاله فى التعليق من التزام القاضى الإسلامى بالمذهب التى تحدده "الدولة" والذى تلزمه به "الدولة الإسلامية"، يوجب علينا القول بأن إلزام الدولة قضاتها بمذهب أو تقنين معين ناتج عن مبدإ جواز تخصيص القضاء. ونحن نرى أن التخصيص ليس حقا للدولة شرعا، بل هو حق للأمة ولأهل الاجتهاد الذين يمثلون الأمة تمثيلا صحيحا بالشورى الحرة، وليس حقا لكل من يتولى السلطة فى "الدولة" وخاصة إذا كان مغتصبا للسلطة، وإذا حدث ذلك فإن سلطته تكون فعلية وواقعية وليست شرعية. إن شرعية القانون الوضعى ترتبط بشرعية الدولة التى أصدرته، ولابد للاعتراف لهذه القوانين بالشرعية من تصحيح أوضاع الدولة التى أصدرتها.

ولكن القول بالتزام القاضى بتنفيذ هذه القوانين لايستلزم حتما القول بأنها شرعية، لأن مسئولية الانحراف بها لاتقع على القاضى المنفذ لها بل على عاتق من أصدروها وألزموه بها باسم الدولة أو سلطتها الواقعية. إن النظم الحالية هى أوضاع واقعية لاتسمح للقاضى بأن يفصل فى "شرعية القانون من الناحية الإسلامية بل ولا فى دستوريته الوضعية"، فلايجوز له الامتناع عن تطبيق قانون بحجة أنه غير شرعى أو أنه غير دستورى، لأن هذا ليس من اختصاصه وهذا مايشير له التعليق رقم ٢٧٣ (على البند ١٩٧) ورقما ٢٧٩ و ٢٨٠ (على البند ١٩٨) .

كما أننا نؤيد إشارته فى كل مناسبة إلى أن وصف القانون الوضعى بأنه موافق للشريعة لايكفى فيه أن حكمه لايناقض أحكامها، بل لابد أن تكون السلطة التى أصدرته شرعية ملتزمة بمصادر الشريعة وأصولها ومبادئها ....

❁ 196، 197– رأينا فى دعوته للتكامل بين الفقه والقوانين الجنائية "الوضعية" وفى العصمة والإهدار :

إن إشارته إلى أن معظم النصوص الوضعية لاتختلف عن أحكام الشريعة؛ كان يجب أن تلقى ترحيبا من المعارضين لتطبيق الشريعة أو العاجزين عن ذلك. والآن ونحن فى عصر الصحوة الشعبية الإسلامية، يجب أن نضيف إلى ذلك أن ما تريده الشعوب ليس فقط تغيير أحكام القوانين الوضعية حتى لا تتعارض مع أحكام شريعتنا، وإنما المطلب الشعبى هو تغيير منابعها الأجنبية واعتمادها على مصادر الشريعة وأصولها ومبادئها لتكون معبرة عن الأصالة التى تعتز بها شعوبنا. لذلك، فإن محاولاته للدعوة للتكامل بين أحكام الشريعة والقوانين الوضعية لم تعد منتجة ولا كافية فى نظرنا، وقادته إلى القول بأن القوانين الوضعية هى التعازير الشرعية، وغرضه من ذلك تسهيل مهمة القضاء فى "استكمال" تطبيق الشريعة. ونخشى أن يفهم القراء من ذلك أن الفرق بين الشريعة والقوانين الوضعية ينحصر فى تطبيق عقوبات الحدود، وهذا بكل أسف مايحاول كثير من فقهاء السلاطين أن يقولوا به لتطمين الشعوب وإرضاء السلطات القائمة، ولكن هذا يؤدى إلى ماحذرنا منه دائما من حصر تطبيق الشريعة فى أحكام الحدود، وإهمال نظرياتها ومبادئها العامة التى يجب أن تكون مصادر لأحكام التعازير، وتميزها بذلك عن القوانين الوضعية المستوردة من الخارج... يؤيد ذلك إشارته دائما إلى أن أحكام التعازير يجب أن تكون فى إطار مبادئ الشريعة ... وروحها التشريعية (فى بداية البندين **191**، **192**) .

* * *

إشارته إلى حد الردة وإهدار دماء المرتدين: لنا رأى خاص فيها سوف نعرضه فيما بعد تفصيلا لأنه يختلف عما توصل إليه هنا،[1] لأنه لايجوز أن يصل إلى تعطيل حق القضاء الشرعى المستقل عن الدولة وحده فى الحكم بالعقوبات الحدية دون الأفراد جميعا بعد ثبوت الجرائم بأدلة شرعية صحيحة تدين المسلم الخاضع لولايته .

ونحن نأسف لأن المعلق الشيعى السيد الصدر لم يعترض على هذا الرأى مما يفهم منه أنه هو شخصيا يقره .

(1) يراجع تعليقنا على البنود: – 375 –، –377– وما بعده .

﴿عوده﴾ ١٩٨- *ثانيا : فى جرائم القصاص والدية* : يدخل تحت هذا النوع من الجرائم القتل العمد، والقتل شبه العمد، والقتل الخطأ، والجرح العمد، والجرح الخطأ، ولكل جريمة حكمها .

القتل العمد : الأصل فى الشريعة هو أن يعاقب بالقصاص على القتل العمد، سواء كان القتل مقترنا بسبق إصرار وترصد، أو غير مقترن، وسواء كانت هناك ظروف مخففة أو لم تكن. ولاتجيز الشريعة للقاضى أن يخفف العقوبة أو يستبدل بها غيرها. أما القانون المصرى، فيعاقب بالإعدام على القتل المقترن بسبق إصرار أو ترصد، وعلى القتل بالسم، وعلى القتل المقترن بجريمة أخرى، وفيما عدا ذلك فالعقوبة على القتل هى الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة. ويجيز القانون المصرى فى كل الأحوال تخفيف العقوبة واستبدال غيرها بها إذا كانت الظروف تدعو للتخفيف. وهذا الخلاف الظاهر بين الشريعة والقانون المصرى يقتضى الأخذ بنصوص الشريعة دائما فى الحالات التى توجب فيها الشريعة القصاص، فيحكم القاضى بالقصاص فى كل هذه الحالات، ويمتنع عليه أن يحكم بعقوبة أخرى .

وتجيز الشريعة لولى المجنى عليه أن يعفو عن القصاص، فإذا عفى سقطت عقوبة القصاص، ولولى الدم إما العفو مجانا، وإما الدية أو مقابلها-٢٧٤-، فإذا عفا على الدية وجبت الدية على الجانى، وكان على القاضى أن يحكم بها. ويجب فى حالة العفو على الدية والعفو مجانا أن يحكم على الجانى بعقوبة تعزيرية، طبقا لرأى مالك(١). أما أبو حنيفة(٢) والشافعى(٣) وأحمد(٤) فلا يوجبون التعزير فى حالة العفو، ولكن ليس لديهم مايمنع من التعزير إن اقتضته المصلحة العامة-٢٧٥-. والقانون المصرى لايجعل

الصدر: تعليق "رقم-٢٧٤-": وله أن يعفو عن القصاص ويرضى بدلا عنه مقدارا من المال كان بمقدار الدية أو أقل أو أكثر .

الصدر: تعليق "رقم-٢٧٥-": فيجب حينئذ، بل يجب وإن اقتضته المصلحة الخاصة، بأن كان تأديب القاتل وتوبته من جرمه أو عدم تكراره للفعل موقوفا على ذلك ومع عدم توقف المصلحتين عليه لا العامة ولا الخاصة فلا موجب له بعد إسقاط الحق الخاص وذلك بتنازل ولى الدم عن حقه .

الشاوى: رأينا فى "التعليقين رقمى-٢٧٤- و-٢٧٦-": نوافق على ماقاله السيد الصدر من أن العفو يجوز بمقابل مالى، أى تعويض أيا كان مقداره طالما أنه لايسقط حق المجتمع فى التعزير لأنه يتصرف فى نطاق حق خاص له .

---

(١) مواهب الجليل الجزء السادس ص ٢٦٨ .

(٢) بدائع الصنائع الجزء السابع ص ٢٤٦ .

(٣) المهذب الجزء الثانى ص ٢٠١ ومابعدها .

(٤) المغنى الجزء التاسع ص ٤٦٧ .

<عوده> لعفو أولياء المجنى عليه أثرا على العقوبة المقررة، ولكن العفو يمكن عَدُّه ظرفا قضائيا مخففا يؤدى إلى تخفيف العقوبة، أو استبدال غيرها بها طبقا للمادة ١٧ من قانون العقوبات المصرى. وهذا الذى أخذ به القانون المصرى يتفق مع مذهب الإمام مالك، حيث يرى عند العفو أن تستبدل بعقوبة القصاص عقوبة التعزير. فكأن المشرع المصرى قد أخذ بمذهب مالك فى هذه المسألة، وعلى هذا يجب فى حالة العفو على الدية الحكم بها وبعقوبة تعزيرية، وفى حالة العفو مجانا يجب الحكم بعقوبة تعزيرية-٢٧٦-. ولما كانت العقوبات المقررة فى قانون العقوبات هى عقوبات تعزيرية،فيجب الحكم بالعقوبات المقررة فيه للقتل فى حالة العفو إلا عقوبة الإعدام؛ لأن الإعدام هو عقوبة القصاص وهى تسقط بالعفو طبقا للشريعة، وللقاضى فى هذه الحالات أن يراعى الظروف المخففة ويقدرها طبقا لنص المادة ١٧ عقوبات؛ لأن الشريعة تبيح ذلك للقاضى فى عقوبات التعازير.

وفى بعض الحالات يمتنع القصاص فى القتل العمد، طبقا للشريعة كحالة قتل الأب ولده، وحالة القتل الحاصل من حدث، والقاعدة أن الدية تحل محل القصاص-٢٧٧- كلما امتنع القصاص لسبب من الأسباب الشرعية. وماقيل فى حالة العفو عن القصاص يقال مثله عن حالة امتناع القصاص .

وخلاصة ماتقدم : أن نصوص القانون تعطل كلما كان القصاص واجبا، طبقا للشريعة، وأن نصوص القانون تطبق فى حالة العفو وامتناع القصاص، سواء وجبت الدية أو لم تجب، ولايعطل من هذه النصوص إلا مايقضى بالإعدام عقوبة للجريمة، وهذا هو نفس الأساس الذى كان يقوم عليه قانون العقوبات المصرى قبل تعديل سنة ١٩٠٤.

الشروع فى القتل : يختلف حكم الشروع فى القتل تبعا لأثر الشروع. فإن كان الشروع قد أحدث أثرا[1] يقتص منه، فالعقوبة القصاص. وإن أحدث أثرا لايقتص منه، أو أثرا يمتنع فيه القصاص، فالعقوبة الدية أو الأرش. والأصل عند أبى حنيفة والشافعى وأحمد أنهم يكتفون بهذه العقوبات ولايوجبون معها التعزير، لكنهم يجيزون-٢٧٨-

---

الصدر: تعليق "رقم-٢٧٦-": وفى حالة العفو على مقدار غير الدية يجب الحكم به سواء قل عن الدية أو كان أكثر منها .

الصدر: تعليق "رقم-٢٧٧-": مع التعزير كما يجب على الأب أن يكفر بكفارة القتل متعمدا.

الصدر: تعليق "رقم-٢٧٨-": بل يجب التعزير إذا اقتضت المصلحة الملزمة ذلك، ويرجح التعزير بلا إلزام إذا لم تقتض المصلحة الإلزام .

الشاوى: رأينا فى "التعليقات أرقام-٢٧٥-، -٢٧٧-، -٢٧٨-": نوافق السيد الصدر فى قوله إن التعزير فى حالة عفو المجنى عليه يكون "واجبا"، لأن عفو المجنى عليه هو عفو من عقوبة القصاص وحدها وليس عفوا عن الجريمة، ولايعطل حق المجتمع فى التعازير .

---

(١) قصدنا بالأثر معناه العام فيدخل فيه الشجاج والجراح وقطع الأطراف وإتلاف مبانيها.

<عوده> اجتماع التعزير مع الحدود إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة. وأما مالك فيوجب التعزير مع القصاص أوالدية(١). وعلى هذا يجب أن تطبق-٢٧٩- عقوبات القانون مع عقوبات الشريعة، كلما أوجبت الشريعة القصاص أو الدية أو الأرش، مادام الفقهاء لايمنعون جمع عقوبة الحد مع عقوبة التعزير، ومادام أولو الأمر-٢٨٠- قد أوجبوا عقوبات تعزيرية معينة هى العقوبات التى نص عليها قانون العقوبات. وللقاضى أن يراعى الظروف، فيخفف العقوبة التعزيرية أو يشددها؛ لأن ذلك حقه طبقا للشريعة والقانون معا.

أما الشروع الذى لم يترك أثرا، فعقوبته فى الشريعة التعزير، ومن ثم تطبق عليه نصوص قانون العقوبات؛ لأن عقوباته تعزيرية.

القتل شبه العمد: يختلف الفقهاء فى القتل شبه العمد. فأبو حنيفة والشافعى وأحمد يعترفون به-٢٨١-، ومالك ينكره ولايرى القتل إلا عمدا أو خطأ ولاوسط بينهما. والقائلون بالقتل شبه العمد يقررون أن عقوبته الدية فقط، ولكنهم مع هذا يجيزون أن يجتمع التعزير مع الدية-٢٨٢-، فطبقا لرأيهم تطبق نصوص القانون فى القتل شبه العمد مع نصوص الشريعة، مادام ولى الأمر يوجب التعزير فيه.

وإذا طبقنا نظرية مالك التى تجيز الجمع بين القصاص والدية وبين التعزير فى الجراح، كان من المنطق أن نقول بوجوب الجمع بين الدية وبين التعزير فى القتل شبه العمد-٢٨٣-؛ لأنه إذا صح أن يعاقب الجارح والضارب بالقصاص أو الدية مع التعزير، فأولى أن يعاقب الجارح أو الضارب بالدية مع التعزير إذا أدى جرحه أو ضربه للموت. ولايقدح فى هذه النتيجة أن مالكا لايعترف بالقتل شبه العمد؛ لأن هذه النتيجة

[الصدر] تعليق "رقم-٢٧٩-": إذا صدرت ممن له حق التشريع.

[الصدر] تعليق "رقم-٢٨٠-": ليست الهيئات المشرعة للقوانين فى البلاد العربية من أولى الأمر الذين يحق لهم تقنين القوانين كما مر علينا ذلك قريبا.

[الشاوى] رأينا فى "التعليقين رقمى-٢٧٩-، -٢٨٠-": يكرر رأيه بأن القوانين الوضعية لاتكون شرعية إلا إذا صدرت من هيئة توافرت فيها الشروط الشرعية (للاجتهاد أو الإجماع)، وهذه الشروط لاتتوافر لدى كثير من الدول حاليا،وقد أيدنا هذا الرأى وأضفنا أنه يجب أن تستنبط هذه الأحكام من المصادر الشرعية لا أن تنقل من دولة أجنبية ...

[الصدر] تعليق "رقم-٢٨١-": وهكذا فقهاء المذهب الجعفرى.

[الصدر] تعليق "رقم-٢٨٢-": إن احتمل الحاكم الشرعى المصلحة فيه ويجب إن كانت المصلحة ملزمة.

[الصدر] تعليق "رقم-٢٨٣-": بل هو المتعين إذا رأى الحاكم أن المصلحة العامة أو مصلحة المجرم الخاصة تقضى بذلك، كما إذا لم يمكن إصلاحه بدون تعزيره.

---

(١) مواهب الجليل الجزء السادس ٢٤٧، شرح الدردير الجزء الرابع ص ٢٢٤.

(عوده) التى خلصنا إليها هى منطق نظرية مالك فى الجمع بين الحد والتعزير فى الجراح، وليست منطق نظريته فى إنكار شبه العمد. وإذن فآراء الأئمة جميعا تؤدى إلى تطبيق نصوص الشريعة مع نصوص القانون المصرى فى وقت واحد على القتل شبه العمد، ولايمنع هذا القاضى من أن يخفف العقوبة-٢٨٤- التعزيرية طبقا للمادة ١٧ عقوبات أو طبقا لنصوص الشريعة .

القتل الخطأ : عقوبة القتل الخطإ فى الشريعة الإسلامية هى الدية المخففة. ولم يقل أحد من الفقهاء بوجوب التعزير-٢٨٥- مع الدية كما قيل ذلك فى القتل العمد؛ لأن طبيعة العمد تختلف عن الخطإ، ولكنهم جميعا يجيزون اجتماع التعزير مع الحد، وعلى هذا يجب أن تطبق عقوبة الشريعة والعقوبة القانونية-٢٨٦- كما هو الحال فى القتل

(الصدر) تعليق "رقم-٢٨٤-": أى عقوبة التعزير وليس له تخفيف الدية .

(الشاوى) رأينا فى "التعليقات أرقام-٢٨١- و-٢٨٢- و-٢٨٣- و-٢٨٤-": أنها خاصة بعقوبة شبه العمد، وسنعود لها فى موضعها بالقسم الخاص .

(الصدر) تعليق "رقم-٢٨٥-": لاوجه لتعزير القاتل خطأ إذا لم يصدر منه معصية، إلا إذا كان خطؤه ناشئا عن التهاون وعدم التحفظ، فإن للحاكم الشرعى تعزيره خوفا من تهاونه وعدم تحفظه مرة أخرى أو تهاون سواه وعدم تحفظه ووقوعه فيما وقع فيه من القتل خطأ .

(الشاوى) رأينا فى "تعليق-٢٨٥-": يحاول السيد الصدر التمييز بين نوعين من الخطإ، فما يسميه التهاون وعدم التحفظ يجيز التعزير (خوفا من تهاونه وعدم تحفظه مرة أخرى وردعا لكل من يتهاون أو لايتحفظ فيتسبب بذلك فى قتل غيره) فى حين أن الخطأ الذى يكون معصية شرعية فحكمه غير ذلك - أى أن التعزير يكون واجبا .

ونحن نرى أن هذه التفرقة لالزوم لها، لأن مبدأ مرونة التعازير وأنها تشمل مجرد التهذيب والتأنيب وغير ذلك من تدابير الوقاية هذه المرونة كفيلة بتمكين القاضى من اختيار الجزاء الذى يناسب كل حالة سواء كان الفعل معصية أم لا - فتكون هذه التفرقة ممكنة فى نطاق السلطة الواسعة التى قررها الفقه للقضاء فى نطاق التعزير فيمكنه الاكتفاء بتدابير وقائية دون حاجة لعقوبة جنائية. ثم إننا رجحنا القول بأن التعزير فى جرائم الخطإ يدخل كله فى نطاق تدابير الوقاية التزاما بالأصل الشرعى الذى أشار له الأثر بأن الله قد رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وماastكرهوا عليه.

(الصدر) تعليق "رقم-٢٨٦-": كيف تطبق العقوبة القانونية مع عدم إمضاء الشارع لها إلا فى المورد الذى أشرنا إليه آنفا؟

(الشاوى) رأينا فى "تعليق-٢٨٦-": نؤيد ملاحظة السيد الصدر عندما اعترض على قول فقيهنا بأن القاضى يطبق العقوبة الشرعية ويضيف إليها العقوبة المقررة فى القانون الوضعى، لأن مثل هذه =

عوده — شبه العمد مادام أولو الأمر-٢٨٧- قد أوجبوا التعزير .

الجراح فى العمد والخطإ : تعاقب الشريعة على الجراح المتعمدة بالقصاص كلما أمكن القصاص، لقوله تعالى : ﴿والجروحَ قصاص﴾[المائدة: ٤٥]. وتعاقب بالقصاص فى إتلاف الأطراف كلما كان القصاص ممكنا، فإذا لم يمكن قصاص فالعقوبة الدية أو الأرش، أو الحكومة. ويوجب مالك-٢٨٨- أن يجتمع التعزير مع الدية أو القصاص تأديبا للجانى. أما بقية الأئمة فيجيزون الجمع ولايوجبونه، فطبقا لرأى مالك لاتعطل نصوص قانون العقوبات بل تطبق مع القصاص أو الدية كاملة أو ناقصة. وطبقا لرأى بقية الأئمة يجمع بين القصاص أو الدية، وبين العقوبة القانونية مادام أولو الأمر-٢٨٩- قد أوجبوا التعزير، وعلى هذا فآراء الجميع لاتتعارض مع نصوص القانون المصرى، ولاتؤدى إلى إبطالها .

= الإضافة تكون غير شرعية فى نظرنا، ونرى أن حرص فقيهنا على إرضاء ضمير القاضى المسلم الملتزم بتطبيق القوانين الوضعية يكفى فيه قولنا بأنه لاإثم شرعا بتطبيق العقوبات الوضعية التى حددها السلطة الفعلية فى الدولة، لأن الإثم يقع على عاتق السلطة التى فرضتها وليس على القاضى الملزم بها والمضطر لتطبيقها، دون حاجة لأن يتطوع فقيهنا بإعطاء هذه السلطة الواقعية (التى لاتتوافر فيها شروط الولاية الشرعية) صفة "أولى الأمر" التى سبق أن اعترضنا عليها مرارا.

الصدر — تعليق "رقم-٢٨٧-": مر علينا قريبا أن المشرعين للقوانين فى البلاد العربية لم تجتمع فيهم الأوصاف المشترطة فى أولى الأمر الذين لهم حق التشريع .

الصدر — تعليق "رقم-٢٨٨-": إنما يجب التعزير إذا اقتضت المصلحة ذلك، فللحاكم أن يعزر وأن يترك التعزير تبعا لما يراه من المصلحة. ولعل هذا مراد مالك وبقية أئمة المذاهب الأربعة؛ فمالك يوجب التعزير إذا اقتضت المصلحة ذلك، ومراد البقية من الجواز إيكال تقدير المصلحة وعدمها إلى الحاكم.

الشاوى — رأينا فى "تعليق-٢٨٨-": نرى أن كلمة الحاكم هنا يقصد بها القاضى المجتهد وليس من يمارسون السلطة التنفيذية سواء بالحق أو بالباطل، كما هو الغالب فى "الحكام" الذين لايلتزمون بالشريعة ... كما أشار المعلق الشيعى فى رقم -٢٨٩- .

الصدر — تعليق "رقم-٢٨٩-": مر آنفا عدم انطباق أولى الأمر الواجبة طاعتهم على المشرعين للقوانين الوضعية فى البلاد العربية، وإنما يصح إذا اقتضت ذلك المصلحة لأن الشريعة قد أوجبت ذلك.

الشاوى — رأينا فى "التعليقين رقمى-٢٨٧-، -٢٨٩-": اعترض المعلق الشيعى كما اعترض من قبل وأيدنا اعتراضه لأننا نصر على أن "أولياء الأمر" فى التشريع والفقه هم أهل الاجتهاد وممثلو الأمة فى الإجماع، وليسوا هم من يمارسون السلطة باسم الدولة لأنه لاحق لهم شرعا فى التدخل فى نطاق التشريع كما قلنا مرارا وخاصة إذا كانت ولايتهم بالغلب والقوة والعنف دون أساس شرعى .

<عوده> أما جراح الخطإ فعقوبتها الدية أو الأرش أو الحكومة، وحكمها حكم القتل الخطإ، ومن ثم يجب-٢٩٠- فيها تطبيق نصوص قانون العقوبات وتطبيق نصوص الشريعة فى وقت واحد.

الضرب الذى لايترك أثرا : تعاقب الشريعة على الضرب الذى لايترك أثرا بالتعزير. ولما كانت العقوبات المنصوص عليها فى قانون العقوبات هى عقوبات تعزيرية فإن نصوص قانون العقوبات لن تعطل فى هذه الحالة .

١٩٩ــ *ثالثا* : *فى جرائم التعزير*: علمنا مما سبق(١) أن الشريعة الإسلامية لم تنص على كل جرائم التعازير ولم تحددها كما فعلت فى جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية، وأنها نصت على بعض جرائم التعازير وتركت القسم الأكبر منها لأولى الأمر، وجعلت لهم أن يحرموا إتيان بعض الأفعال أو يوجبوا إتيان بعض الأفعال-٢٩١-، بقصد صيانة الجماعة وتنظيمها، والمحافظة على أمنها ونظامها، ويشترط ألاّ يخرجوا فيما يحرمون فعله أو يوجبون فعله على نصوص الشريعة، أو مبادئها العامة، أو روحها التشريعية .

الصدر تعليق "رقم-٢٩٠-": المراد إمكان انطباق قانون العقوبات على أحكام الشريعة لأن ماتفرضه القوانين الوضعية يكون من مصاديق التعزير المشروع فى الشريعة الإسلامية، ولكنك عرفت قريبا أنه ليس فى الخطإ المحض تعزير إلا فى بعض الموارد التى أشرنا إليها سابقا .

الشاوى رأينا فى "تعليق-٢٩٠-:" نراه يقترب من رأى فقيهنا عندما يقر بإمكان إدماج قانون العقوبات الوضعى بشروط، ولكننا لانوافق على ذلك إلا إذا عَدَدْنا أنه يقصد فقط القاضى المجتهد الذى اختار الجزاء فى حدود سلطته الواسعة فى التعزير شرعا كوسيلة للإصلاح، وفى عهدنا الحاضر يكون ذلك من اختصاص أهل الاجتهاد والإجماع .

الصدر تعليق "رقم-٢٩١-": فى زمان محدد، إذ ليس لولى الأمر أن يشرع حكما دائميا لايوجد فى الشريعة الإسلامية .

الشاوى رأينا فى "تعليق-٢٩١-": نشير إلى رأينا فى أن المقصود بولى الأمر كما بيناه فيما سبق أنهم أهل الاجتهاد أو الإجماع الشرعى، وإن كان تعليق السيد الصدر رقم -٢٩١- و-٢٩٥- لايوضح ذلك، ومن حسن الحظ أن تعليقه رقم -٢٩٣- يؤيد رأينا .

---

(١) راجع الفقرة ٥١ و ٩٣ ومابعدها .

(عوده) والقاعدة العامة التى تأخذ بها الشريعة فى العقاب على جرائم التعازير: أنها حددت مجموعة من العقوبات التعزيرية تبدأ بأخف العقوبات وتنتهى بأشدها، وتركت للقاضى أن يختار من هذه المجموعة العقوبة أو العقوبات التى يراها ملائمة للجريمة والمجرم-٢٩٢- .

وإذا كانت تلك هى القاعدة العامة التى سارت عليها الشريعة فى جرائم التعازير التى نصت عليها، إلا أنه ليس فى الشريعة مايلزم أولى الأمر بالسير على هذه القاعدة فى الجرائم التى تركت لهم الشريعة تحديدها ، بل ليس فى الشريعة مايمنع أولى الأمر-٢٩٣- من أن يجعلوا لكل جريمة تعزيرية حرمتها الشريعة أو حرمها أولو الأمر، عقوبة معينة يلزم القاضى توقيعها إذا ثبتت الجريمة، أو يجعلوا لكل جريمة عقوبتين يختار القاضى إحداهما. كذلك ليس فى الشريعة ما يمنع أولى الأمر من تعيين الحد الأدنى للعقوبة-٢٩٤-، بحيث لايستطيع القاضى أن ينزل عنه، وهذا الذى لاتمنع منه الشريعة هو الذى عمل به فى قوانين العقوبات .

(الصدر) تعليق "رقم-٢٩٢-": شرط ألاّ تصل إلى درجة الحد بنظر بعض فقهاء المسلمين كما مر علينا ذلك سابقا .

(الشاوى) رأينا فى "تعليق-٢٩٢-": نشير إلى أننا نؤيد القول الذى يشير إليه بأن التعزير لايجوز أن يصل إلى عقوبة الحد، ونجدد تحفظنا على ماسار عليه الاثنان من وصف التعزير بأنه عقوبة دائما، لأننا قلنا مرارا إنه يشمل تدابير الوقاية خارج نطاق العقوبات .

(الصدر) تعليق "رقم-٢٩٣-": ظاهر الأدلة الشرعية أن تحديد مقدار التعزير وكيفيته إنما هو بيد القاضى الشرعى لابيد أولى الأمر، إلا أن يكون تعيين أولى الأمر للعقوبة إنما هو لاستلفات نظر القاضى إلى العقوبة التى ينبغى له اختيارها، ولكن القاضى لايكون ملزما باختيار ماعينه له أولو الأمر أو باختيار أحد الفردين اللذين جعلا من أولى الأمر .

(الصدر) تعليق "رقم-٢٩٤-": فى ظرف خاص إذ ليس لأولى الأمر تشريع حكم دائمى لا دليل عليه من نصوص الشريعة .

(الشاوى) رأينا فى "التعليقات أرقام-٢٩١- إلى-٢٩٤-": يستفاد منها أن مايقرره أهل الاجتهاد فى زمن معين لايلزم أهل الاجتهاد الذين يأتون بعدهم، لأن الاجتهاد يمكن تغييره دائما باجتهاد آخر سواء كان معاصرا له أو لاحقا عليه - على أساس أن أهل الاجتهاد هم "أولو الأمر" فى التشريع والتعزير كما قدمنا .

عوده ولما كانت نصوص قانون العقوبات واللوائح والقرارات التى تعين الجرائم وتعاقب عليها قد وضعت بمعرفة أولى الأمر-٢٩٥-، فإن الجرائم التى تنص عليها تعد طبقا للشريعة جرائم تعزيرية، كلما كانت متفقة مع نصوص الشريعة أو غير خارجة على مبادئها العامة وروحها التشريعية .

ويلاحظ أن القوانين الجنائية وضعت فى البلاد الإسلامية دون أن يراعى واضعوها نصوص الشريعة، بل إنهم تعمدوا إغفال النصوص الشرعية إغفالا تاما، وبهذا خرج أولو الأمر عن حدود وظيفتهم-٢٩٦-، وهذا الخروج إذا كان لايؤدى إلى بطلان كل عملهم، فإنه يؤدى إلى بطلان كل مايصدر عنهم مخالفا للشريعة .

وقد ترتب على إغفال أولى الأمر لنصوص الشريعة من ناحية، وعلى مالهم من حق التشريع من ناحية أخرى-٢٩٧-، أن أصبح لدينا ثلاثة أنواع من جرائم التعازير:

النوع الأول : جرائم نصت عليها الشريعة ولم تنص عليها القوانين واللوائح، مثل جريمة أكل الميتة والدم ولحم الخنزير، وجريمة البيوع الربوية، والامتناع عن إخراج الزكاة، ومخالفة أحكام العدة، ومخالفة الهيئات المشروعة للعبادات كالجهر فى صلاة الإسرار، والإسرار فى صلاة الجهر، وكالزيادة فى الصلاة .

الصدر تعليق "رقم-٢٩٥-": مر علينا الكلام فى ذلك قريبا .

الصدر تعليق "رقم-٢٩٦-": بل خرجوا عن صلاحيتهم للتقنين أيضا، فلا يجب الالتزام بكل مايصدر منهم وإن كان موافقا للشريعة .

الصدر تعليق "رقم-٢٩٧-": مر علينا قريبا أنهم خرجوا بمخالفتهم الشريعة عن استحقاق التشريع وصلاحيتهم لذلك .

الشاوى رأينا فى "التعليقات أرقام-٢٩٥- إلى -٢٩٧-": فيها تحفظ نؤيده بشأن الحكم فى حالة خروج بعض الحكام عن صلاحيتهم، مع ملاحظة أن هذه المشكلة مازالت قائمة فى الفقه الدستورى الوضعى كذلك، حيث إن الحكومات والسلطات الواقعية أو الفعلية (التى ليس لها أساس دستورى أو شرعى) مثل الحكومات الاستعمارية أو الانقلابية، يرى كثيرون من شراح القانون الدستورى الوضعى المعاصر - أن قراراتهم تكون نافذة إلى أن تلغيها سلطة دستورية فيما بعد - ونفاذها وبقاؤها إلى أن تلغى مبنى على أساس أن مصلحة المجتمع تقتضى قدرا من الاستقرار لايسمح بإبطال جميع ماتقرره سلطات الغصب وحكومات البغى مثل السلطات الاستعمارية ومن يستولون على الولاية بالانقلاب والقوة دون أساس دستورى ولاشرعى كما يلاحظ أن كثيرا من هذه المقررات كان لازما ومفيدا للمجتمع، ولذلك يجب بقاؤه إلى أن يلغى أو يحل محله غيره .

عوده النوع الثانى: جرائم نصت عليها الشريعة ونصت عليها القوانين واللوائح. وهذه الجرائم قسمان : قسم لاتختلف فيه الشريعة عن القوانين كجرائم تطفيف الكيل والوزن وخيانة الأمانة والرشوة، وقسم تختلف فيه الشريعة عن القانون كجريمة الربا، فالشريعة تعاقب على الربا فى كل صُوَره، أما القانون فلا يعاقب إلا على الربا الفاحش بشروط وقيود خاصة، وكجرائم المقامرة والمراهنة، فإن الشريعة تحرمها تحريما مطلقا، بينما تحرمها القوانين فى حالات خاصة .

النوع الثالث : جرائم نصت عليها القوانين واللوائح ولم تنص عليها الشريعة، وهذه الجرائم قسمان : قسم يقوم على مبادئ تتفق مع مبادئ الشريعة العامة –٢٩٨– وروحها التشريعية، كمخالفات السيارات والتعليم، ومثل الأفعال التى قصد من تحريمها تنظيم الجماعة، كقوانين تنظيم المهن، أو التى قصد من تحريمها تحقيق مصلحة عامة، كمكافحة الآفات والأمراض. وقسم يقوم على مبادئ تخالف نصوص الشريعة وتتنافى مع مبادئها العامة وروحها التشريعية، ومن الأمثلة على ذلك : الجرائم التى نصت عليها لائحة بيوت الدعارة، فالمبدأ الذى قامت عليه هذه اللائحة هو إباحة الزنا والترخيص به رسميا، وقد وضعت اللائحة لتنظيم مبدإ الإباحة، بينما الشريعة تحرم الزنا فى كل صوره تحريما مطلقا. ومن أمثلة هذا القسم : الجرائم التى نصت عليها القوانين التى تنظم تقطير الخمور وبيعها وتقديمها، فإن المبدأ الذى تقوم عليه هذه القوانين هو إباحة شرب الخمر وقد وجدت هذه القوانين لتنظيم هذا المبدإ، بينما الشريعة تحرم شرب الخمر تحريما عاما.

الصدر تعليق "رقم–٢٩٨–": فإن الشريعة تهتم بكل مايمنع من إتلاف النفس ورفع الجهل ومكافحة الآفات والأمراض. وأما قوانين تنظيم المهن، فإن كان المراد منها منع الغلاء والاحتكار أو منع الفتنة بين أصحاب المهن فهذا مما يوافق الشريعة لأنها تهتم بمنع الاحتكار والغلاء ومنع مايوجب الفتنة والمشاغبة، وإن كان المراد منها أمورا أخرى فهى خارجة عن مبادئ الشريعة الإسلامية .

الشاوى رأينا فى "تعليق–٢٩٨–": الأمثلة التى ذكر أن الشريعة تهتم بها (منع إتلاف النفس ورفع الجهل ومكافحة الآفات والأمراض ومنع الغلاء والاحتكار – ومنع مايوجب الفتنة)... هى فى نظرنا نموذج للنظريات التشريعية التى يجب علينا البحث عن أصولها فى نصوص الكتاب والسنة – ومقاصد الشريعة – وهذا يؤكد ما نقوله من أننا فى عصر أصبح فيه التنظير واجبا .

وهذا أفضل مما يفهم من أقوال فقيهنا فى من وصف كل القوانين الوضعية التى ذكرها بأنها تعازير من النوع الثالث – دون حاجة لتأصيلها فى الشريعة .

❁ 198 ، 199 – لا نوافق علي القول بقصر الظروف المخففة علي التعازير:

يجب علينا أن نؤكد رأينا فى الاعتراض على قول فقيهنا بأن القاضى لايجوز له أن يأخذ بعين الاهتمام الظروف المخففة إلا فى التعازير، وأنها لا محل لها فى نظره فى الحدود والقصاص. ويؤكد رأينا أنه بعد أن كرر القول الذى أبداه سابقا فى أن القصاص واجب سواء كانت هناك ظروف مخففة أو لم تكن، عاد فى نفس الوقت للقول بأن عفو المجنى عليه (أو ولى الدم) يمكن عَدُّه ظرفا قضائيا مخففا يؤدى إلى تخفيف العقوبة أو استبدال غيرها بها وأن ذلك هو رأى الإمام مالك[1] .

ونرى أن مذهب الإمام مالك فى وجوب التعزير فى جرائم القصاص والدية فى حالة العفو (قياسا على جرائم الحدود) أكثر اتفاقا مع رأينا بأن التعزير هو الأصل فى جميع الجرائم، وهو أكثر اتفاقا مع المنطق والمصلحة من رأى الأئمة الذين يفرقون بين جرائم الحدود وجرائم القصاص. ورأى الإمام مالك فى نظرنا أكثر اتفاقا مع اتجاه الشريعة الإسلامية إلى تشديد العقوبات على مرتكبى جرائم الاعتداء على سلامة الجسم وحياة الأفراد وحقوقهم الإنسانية، وأولها حقهم فى الحياة وسلامة أبدانهم. لكنا نضيف قولنا بعدم جواز إضافة التعزير إلى عقوبة الحد إلا فى حدود التدابير الوقائية التى تدخل ضمن التعازير فى نظرنا.

ونحن نلفت النظر إلى ما بذله الشهيد من جهد للاتجاه نحو التكامل بين القوانين الوضعية والأحكام الشرعية بصدد عقوبة القتل شبه العمد أو الخطإ؛ ونرى أن ذلك يؤيد ما ذهبنا إليه فى عدم بطلان القوانين الوضعية التى تفرض عقوبات عَدَّها تعزيرية فى جرائم الحدود أو القصاص برغم أنها لا تنص على العقوبات المقررة (الحدود والقصاص).

لقد حرص على حصر النتائج المترتبة على قوله بضرورة التزام القضاة فى النظم التشريعية الوضعية بالتكامل بين الشريعة والقوانين الوضعية سواء فى نطاق عقوبات الحدود أو القصاص أو التعازير، ليثبت أن الخلافات محدودة فى نطاق ضيق؛ وأن من الممكن أو الواجب إقرار التكامل بين هذه القوانين وأحكام الفقه الإسلامى فى هذه المجالات.

ونحن نقدر له علمه وإيمانه بالنتائج التى توصل إليها، وهى التزام القضاة بتطبيق العقوبات الشرعية التى عطلتها الدولة مع عقوبات القوانين الوضعية .

(1) أول البند (198) .

❁ لانوافق على قوله إن التشريع الجنائي الوضعي يمكن عَدُّه تعزيرات :

أما نحن، فإننا نرى الآن أن الصحوة الشعبية المطالبة بتطبيق الشريعة الإسلامية إنما تهدف إلى تطهير الساحة من القوانين الوضعية المستوردة سيئة السمعة، ووضع حد لإسراف الحكام فى إصدار قوانين تفرض عقوبات جنائية تزداد وتتوالى وتتكاثر للاحتفاظ بالسلطة واحتكارها بصورة دفعت العامة والجماهير إلى مزيد من التأييد للمطالبة بتطبيق الشريعة، لأنها فى نظرهم هى القادرة على وقف تيار الحكم الشمولى وتحرير المجتمع وتطهيره من طوفان هذه القوانين الباغية سيئة السمعة .

هذا التيار الشعبى يوجب علينا الآن أن نؤكد أن هذا التكامل الذى دافع عنه لم يعد ممكنا ولامجديا؛ لأن تدخل الدولة ومن يتولون السلطة فى نطاق التشريع وغلوهم فى إصدار القوانين الجنائية الوضعية لإرهاب من يعارضهم أو يقاوم بغيهم هو فى ذاته مخالف لأصل مهم من أصول شريعتنا، وهو استقلال الشريعة عن سلطات الدولة وسيادتها على المجتمع والتزام كل من يمارس السلطة السياسية (بالحق أو بالباطل) بعدم التدخل فى مجال التشريع، الذى هو فى شريعتنا له مصادر إلهية يكملها علم وفقه يتولاه علماء ومفكرون مستقلون تختارهم الأمة ويمثلونها فى نطاق التشريع، الذى لايجوز أن يتخذه من يمارسون السلطة سلاحا لبقائهم فيها واحتكارهم لها وحرمان الأمة من حقها فى أن تختار من يمارسون الاجتهاد والإجماع نيابة عنها من علمائها الذين تثق فيهم وتختارهم بحرية كاملة؛ ويشترط فيهم دائما ألا يكونوا من الرؤساء السياسيين ولا من أعوانهم من فقهاء السلاطين ... لأنها تعتقد أن الفقهاء المستقلين عن الدولة قادرون على حماية الشعوب والأفراد من بغى الحكام وطغيانهم الذى يمارسونه معتمدين على النظم المستوردة التى تعطيهم الحق فى التشريع "الوضعى"، بحجة أن القانون من صنع الدولة ومن يتولون السلطة فيها (بالحق أو بالباطل)، وهو ما لاتقره شريعتنا التى تمتاز باستقلالها عن الدولة وحرمان الدولة من سلطة التشريع .

إن وجهة نظرنا هى أننا ندافع عن مبادئ أساسية تتعارض مع خطة الترقيع فى القوانين الوضعية؛ ونرى أنه لا بد من إقامة هيئات تشريعية علمية مستقلة تمارس الاجتهاد والإجماع على الأساس الذى تتميز به الشريعة عن النظم الوضعية المستوردة، وهو مبدأ عدم تدخل الدولة وسلطاتها فى التشريع لتكون الدولة وجميع سلطاتها خاضعة له وملتزمة بأحكامه، لا صانعة للقوانين ولا متحكمة فيها مما يحول القوانين إلى أداة لصالح من يتولون السلطة مهما تكن الطريقة التى أوصلتهم إليها؛ وتمكن البعض من أن يتخذوا القوانين الوضعية (التى يضعونها باسم الدولة) أداة لتعطيل حرية الشعوب فى اختيار نظمها وحكامها ومن يمثلونها سواء فى مجال التنفيذ والسياسة أو فى مجال الفقه والتشريع

❁ التعازير الشرعية تستنبط من المصادر الشرعية ولاتستورد من الخارج :

مع استقلال كل من هذين المجالين حتى لا يكون الجمع بينهما وسيلة للحكم الشمولى الذى يؤدى إلى حرمان الأفراد من ضمانات حرياتهم وحقوقهم الإنسانية كما رأيناه عملا فى جميع النظم الشمولية.

إن دعوته للتكامل كان أولى بها أن تلقى ترحيبا من صانعى القانون الوضعى الذين لايعرفون فقهنا وشريعتنا ولايقدرونها، ومع ذلك فإن هذا الاتجاه التوفيقى والتكاملى لم يمنعهم من قتله ظلما وعدوانا .

والآن، أصبحت القضية فى يد الشعوب والجماهير التى اختارت المطالبة بالشريعة وتأييد هذه الشعارات كلما أتيح لها حرية الاختيار وأعيد لها حقها فى تقرير مصيرها ونظمها بانتخابات حرة .

* * *

إن الشعوب اقتنعت بأن القضية هى قضية النظام السياسي؛ وليست كما تصورها فقيهنا قضية قضاء نطالبه بأن يصحح وضعا تشريعيّا منحرفا لا مسئولية له فيه؛ ولذلك لانوافق على قوله بأن الأمر فى يد القضاة وأننا نطالبهم بتصحيح القوانين الوضعية التى تلزمهم الدولة بتطبيقها؛ لأن ذلك غير ممكن فى نظرنا ولو صاغ الأمر بدعوتهم إلى "تكملتها" بأحكام التشريع الجنائى الإسلامى .

إن هذه التكملة التى يدعو إليها قد حصرها فى الالتزام بتطبيق عقوبات الحدود والقصاص؛ ظنّا منه أن "القوانين الجنائية الوضعية" يمكن للقضاة عَدُّها تعازير، وهى ليست كذلك فى نظر من فرضوها، لأننا أكدنا مرارا أن تقنين التعازير الشرعية يجب أن يكون أساسه استنباط الأحكام من مصادر التشريع الإلهى فى الكتاب والسنة أو النظريات والمبادئ التى تستمد منها، والفقه والعلم هو الذى يلتزم بكل ذلك، لأن للشريعة نظاما قانونيّا مستقلا متميزا يجب احترامه والاعتزاز به، مما يتعارض مع القوانين الوضعية القائمة على فرض النظريات والأحكام المستوردة من الخارج التى تختلف عن فقهنا وعلمنا فى منابعها وأصولها، كما قال السنهورى ذلك رغم أنه من أساطين الفقه العصرى ومشرعى المجموعات القانونية الوضعية .

<عوده> ٤٠٠- *مدى حقوق أولى الأمر فى التحريم والعقاب* : قلنا فيما سبق إن أولى الأمر أغفلوا نصوص الشريعة الإسلامية إغفالا تاما حين وضعوا قانون العقوبات والقوانين واللوائح الملحقة به. ونستطيع أن نستدل على هذا الإغفال فى مصر، بأن الشارع المصرى نص فى لائحة ترتيب المحاكم على أن لاجريمة ولاعقوبة بلا نص، وكرر هذا النص عند إصدار الدستور المصرى حيث ضمنه إياه[1]. وجمع الشارع الجرائم والعقوبات، والقواعد العامة للجريمة والعقاب فى كتاب واحد سماه قانون العقوبات، أصدره وأوجب العمل به، وجعل لكل جريمة عقوبة أو اثنتين على الأكثر، وجعل للعقوبة حدا أدنى وحدا أعلى ليس للقاضى أن يتجاوزه، ومنع إيقاف تنفيذ العقوبة إلا بتوافر شروط معينة. وقد قصد الشارع المصرى من كل هذا ألاّ يعاقب إلا على مانص عليه، هو من الأفعال المحرمة فى الحدود التى حددها، وبالعقوبات التى عينها، وعَدَّ كل ماعدا ذلك من الأفعال مباحا ولو كانت الشريعة تنص صراحة على تحريمه والعقاب عليه، كالربا فالشريعة تحرمه فى كل أنواعه وصوره وأيّا كان مقداره، أما القانون فلا يحرم الربا إلا فى صور خاصة، وبشروط معينة. وكتحريم الميتة والدم ولحم الخنزير، فالشريعة تحرم تناول هذه الأشياء وتعاقب على تناولها، والقانون لايحرمها ولايعاقب عليها. وبالإجمال، فإن الشارع أهمل النصوص الشرعية ولم يقم على تنفيذها، واكتفى بإقامة مانص عليه فى قانون العقوبات وما ألحق به من قوانين ولوائح.

هذا هو الذى فعله الشارع فى مصر، وقد فعل مثله فى غير مصر من البلاد الإسلامية، فهل فى قواعد الشريعة مايبرر فعل الشارع؟ وإلى أى حد يمكن أن يوصف عمله بالصحة أو البطلان ؟ وسنستطيع الإجابة عن هذا السؤال إذا عرفنا حقوق ولى الأمر فى الشريعة، ومدى هذه الحقوق.

ومن المسلم به فى الشريعة، أن لولى الأمر فى تعيين الجرائم والعقاب عليها ثلاثة حقوق.

---

(١) نص الدستور المصرى على أنه لاجريمة ولا عقوبة بلا نص، متأثرا فى ذلك بالدساتير الأوربية، ولاشك فى أن واضعى الدستور قصدوا من هذا النص ماقصده واضعو الدساتير الأوربية، أى قصدوا ألاّ يعترفوا إلا بالجرائم والعقوبات المنصوص عليها فى القوانين الوضعية. لكن هذا النص المصرى يتضارب مع نص أساسى من نصوص الدستور المصرى، وهو النص الذى يقضى بأن دين الدولة الرسمى هو الإسلام؛ لأن التزام الدولة الإسلام دينا لها معناه التزامها الشريعة الإسلامية شريعة لها، إذ الشريعة الإسلامية هى مجموعة القواعد التشريعية التى جاء بها الإسلام وأوجبها. فإذا فسرنا النص الأول كما يفسر فى الدساتير الأوربية، كان معنى ذلك إهمال النص الثانى وإبطاله وعدم الاعتراف بالإسلام والشريعة الإسلامية، وإذا أوجبنا العمل بالنص الثانى بحسبان أنه أساسى يقوم عليه كيان الدولة ونظامها العام، وجب أن نفسر النص الأول التفسير الذى يرفع التناقض بأن تقول إنه يسرى على الجرائم التى نصت عليها الشريعة والقوانين معا.

عوده ٢٠١ـ *الحق الأول* : حق التحريم والإيجاب والعقاب : لولى الأمر أن يحرم -٢٩٩- إتيان أفعال معينة أو يوجب إتيان أفعال معينة، وأن يعاقب على مخالفة الأمر الذى حرم الفعل أو أوجبه. وإذا كان لولى الأمر حق العقاب فله أن يعاقب على الجريمة بعقوبة واحدة أو بأكثر، وأن يحدد مبدأ العقوبة ونهايتها. وولى الأمر مقيد فى استعمال هذا الحق بعدم الخروج على نصوص الشريعة، أو مبادئها العامة، أو روحها التشريعية، وبأن يكون قصده فى التحريم والإيجاب والعقاب تحقيق مصلحة عامة، أو دفع مضرة أو مفسدة. وعلى هذا، فعمل ولى الأمر صحيح كلما كان فى حدود حقه، فإن خرج عن هذه الحدود فهو باطل فيما خرج فيه عن حدود حقه وصحيح فيما عدا ذلك. فليس لولى الأمر أن يهمل نصوص الشريعة، أو أن يمنع تطبيقها، فإن فعل فعمله باطل. وإذن، فالجرائم التى نصت عليها الشريعة ولم تنص عليها القوانين يجب العقاب عليها كلما ارتكبت؛ لأن النصوص التى حرمتها لم تنسخ وليس لولى الأمر حق نسخها. والجرائم التى نصت عليها الشريعة والقوانين يؤخذ فيها دائما بحكم الشريعة كلما اختلفت مع القانون؛ لأن كل نص قانونى يخالف الشريعة باطل فيما جاء به من خلاف. أما الجرائم التى تتفق فى أحكامها الشريعة والقانون، فيؤخذ فيها بحكم القانون؛ لا لأنه حكم القانون، بل لأنه حكم الشريعة. أما الجرائم التى نصت عليها القوانين ولم تنص عليها الشريعة، فيؤخذ فيها بحكم القانون-٣٠٠-، مادام أنه ليس خارجا على مبادئ الشريعة العامة، وروحها التشريعية، فإن خرج عليها بطل حكمه ولم يعمل به.

٢٠٢ـ *الحق الثانى* : حق *تخصيص القضاء* : لولى الأمر أن يخصص القضاء فيجعل الفصل فى الجرائم لقضاة معينين، ويجعل لبعضهم الفصل فى جرائم بعينها، وللبعض الآخر النظر فى بقية الجرائم، أو يجعل للبعض حق توقيع عقوبات معينة، وللبعض الآخر حق توقيع بقية العقوبات.

وحق ولى الأمر فى تخصيص القضاء مقيد بعدم الخروج على نصوص الشريعة أو مبادئها العامة، وروحها التشريعية، فإن خرج عن هذه الحدود فأمره باطل لايقيد القضاة، ولايمنعهم من النظر فيما حرمه عليهم الأمر الباطل. فمثلا لولى الأمر أن يخصص قاضيا معينا بنظر جريمة السرقة، وآخر بنظر جريمة القتل، ولكن ليس له أن يمنع القضاة من نظر هذه الجرائم أو من نظر جرائم آكل الميتة، أو شرب الخمر، أو الردة أو منع الزكاة. ولولى الأمر أن يخصص قاضيا لنظر جرائم الربا أو المقامرة والمراهنة، ولكن ليس له أن يمنع القاضى من نظرها على الوجه الذى حرمته الشريعة.

الصدر تعليق "رقم-٢٩٩-": فى زمان معين، وهكذا الإيجاب والعقاب .

الصدر تعليق "رقم-٣٠٠-": إن كان القانون قد شرع من قبل ولى الأمر الذى تجب طاعته.

عوده أن يحدد العقوبات-٣٠١- التى يملك القاضى توقيعها فى جرائم التعازير، ويلزمه ألاّ يوقع غيرها، ولكن ليس له أن يلزمه توقيع عقوبات غير العقوبات الشرعية فى جرائم الحدود أو جرائم القصاص والدية. ويُعَدُّ القاضى مختصا بنظر الجريمة إذا كانت مما نصت عليه الشريعة ولم ينص عليها القانون، مادامت عقوباتها تماثل العقوبات المفروضة على الجرائم التى خص قانونا بنظرها، ولاعبرة بسكوت ولى الأمر عن هذه الجرائم، لأن الشريعة نصت عليها وأوجبت عقاب مرتكبيها، ولأن الشريعة لاتبيح بحال لولى الأمر أن يعطل نصوصها، فإذا عطلها لم يكن للقضاء أن يسايره، وكان على القاضى أن يطبق نصوص الشريعة، ويحكم بالعقوبة التى قررتها الشريعة مادام مختصا بتوقيع مثل هذه العقوبة أو بنظر مثل تلك الجريمة المعطلة.

ويُعَدُّ القاضى مختصا بنظر الجريمة طبقا لما نصت عليه الشريعة إذا كان القانون قد نص عليها على وجه يخالف أحكام الشريعة. والعلة فى اختصاص القاضى هنا هى نفس العلة فى اختصاصه بالجرائم التى أهملها القانون ولم ينص عليها.

وإذا كانت الجريمة مما نص عليه القانون دون الشريعة؛ فالقاضى يختص بنظرها إذا لم يكن هناك خروج-٣٠٢- على نصوص الشريعة أو مبادئها العامة أو روحها التشريعية،

الصدر تعليق "رقم-٣٠١-": مر علينا قريبا أن تحديد العقوبة من وظائف القاضى، وليست من وظائف ولى الأمر .

الشاوى رأينا فى "تعليق-٣٠١-": إن السيد الصدر يؤكد ماقاله من قبل من عدم اختصاص رئيس الدولة الذى يصفه بأنه ولى الأمر، وهو وصف اعترضنا عليه لأن أولياء الأمر فى التشريع كما قلنا مرارا هم أهل الاجتهاد أو ممثلو الأمة فى الإجماع، وهو هنا يعترف للقاضى بالحق فى تحديد "العقوبة"، ويجب أن نشير إلى ماقاله مرارا من أن القاضى الذى يقصده هو فقط القاضى المجتهد، أما المقلد فإن واجبه أن يلتزم برأى من يقلده من أئمة الاجتهاد، وهذا هو مايتفق مع قولنا إن أهل الاجتهاد اليوم هم الذين لهم الحق فى تقنين التعازير وليسوا قضاتنا المقلدين .

الصدر تعليق "رقم-٣٠٢-": بل بشرط أن يكون موافقا لنصوص الشريعة ومبادئها وروحها، ولعل مراد المؤلف ذلك .

الشاوى رأينا فى "تعليق-٣٠٢-": إن قوله باشتراط أن يكون القانون الوضعى موافقا لنصوص الشريعة ومبادئها وروحها، نضيف له قولنا بأن "الموافقة" لم تعد كافية فى نظرنا لأننا قدمنا سابقا أنه يجب أن يكون التشريع مستمدا من مبادئ الشريعة وروحها وبذلك يكون تقنينا لفقهنا لا قانونا مستوردا نكتفى بوصفه بأنه لايخالف الشريعة أو أنه "موافق" لها .... إلخ .
والذى يستطيع أن يقوم بذلك هم أهل الاجتهاد لارؤساء الدول ... الذين لاتتوافر فيهم أهلية الاجتهاد . والتعليقات التالية -٣٠٣- إلى -٣١٠- تؤيد ذلك .

﴿عوده﴾ فإذا تحقق هذا الخروج، كان القاضى غير مختص بنظر الجريمة لأنه ليس له أن ينظر إلا مايتفق مع الشريعة، أو كان عليه أن يقضى بالبراءة لبطلان النص الذى حرم الفعل. وإذا كان من واجب القاضى شرعا أن يعاقب على كل جريمة تعزيرية نصت عليها الشريعة ولم ينص عليها القانون، فما هى العقوبة التى يجب على القاضى أن يطبقها فى هذه الحالة ؟ وهل يعاقب بإحدى العقوبات المقررة فى قانون العقوبات، أم يعاقب بإحدى عقوبات التعزير التى قررها الشريعة ؟

وجواب هذا السؤال هو أن العقاب يجب أن يكون بإحدى العقوبات التعزيرية التى قررها الشريعة؛ وأنه لايجوز للقاضى أن يعاقب على جريمة لم ينص عليها قانون العقوبات بإحدى العقوبات المنصوص عليها فى هذا القانون؛ لأن واضع هذا القانون جعل لكل جريمة نص عليها عقوبة معينة، ولكل عقوبة حدا بحيث تختلف العقوبات باختلاف الجرائم، ولم يضع عقوبات عامة لغير الجرائم التى نص عليها، فلا يمكن إذن أن تطبق نصوص قانون العقوبات على مالم يفكر فيه واضع القانون، أو يدخله فى حسابه، وإنما يعاقب على هذه الجرائم بإحدى عقوبات التعزير التى قررها الشريعة، أو بأكثر من عقوبة واحدة طبقا لما يراه القاضى ملائما لظروف الجريمة والمجرم. ذلك أن الأصل فى الشريعة أن لجرائم التعازير مجموعة من العقوبات تتدرج من أتفه العقوبات إلى أشدها، والقاضى هو الذى يعين العقوبة التى تستحقها الجريمة بعد أن يطلع على ظروف الجريمة والمجرم. وليس القاضى ملزما بتوقيع عقوبة معينة لكل جريمة، وإنما له الخيار والتعيين، يختار من مجموعة العقوبات ويعين العقوبة التى يراها ملائمة. فإذا جاء ولى الأمر وقيد سلطة القاضى فى جرائم التعزير التى نص عليها، أو فى بعض الجرائم التى نصت عليها الشريعة ونص هو أيضا عليها، فإن سلطة القاضى تظل على حالها فى الجرائم التى نصت عليها الشريعة ولم ينص عليها القانون؛ لأن الأصل هو توسيع سلطة القاضى، والتقييد جاء من جهة ولى الأمر فى جرائم معينة وعقوبات معينة. فتظل سلطة القاضى على حالها فيما لاقيد فيه، ويكون القيد فيما نص عليه ولى الأمر فقط. ومن ثم فللقاضى فى جرائم التعزير التى نصت عليها الشريعة دون القانون، أن يعاقب بالتوبيخ والتهديد والجلد والحبس والنفى والقتل والحبس إلى غير أمد معين، وغير ذلك من عقوبات التعزير، وللقاضى الجزئى أن يوقع العقوبات التعزيرية فيما عدا الحبس المؤبد أو غير المحدد المدة والقتل؛ لأن نية ولى الأمر-٣٠٣- ظاهرة فى قانون العقوبات فى أنه أراد أن يجعل هاتين العقوبتين من اختصاص محاكم الجنايات.

[الصدر] تعليق "رقم-٣٠٣- ": مر علينا مرارا أن مشرعى القوانين فى البلاد العربية ليسوا من أولى الأمر الذين تجب طاعتهم، وللقاضى أن يوقع جميع العقوبات. ولقد اشترط بعض فقهاء المسلمين ألاّ يصل التعزير إلى أحد الحدود الشرعية .

[الشاوى] رأينا فى "تعليق-٣٠٣-": يكرر قوله فيما سبق وبينا رأينا فى التعليق السابق وكذلك التعليقات -٣٠٤-، -٣٠٥-، -٣٠٦- .

عوده أما جرائم التعزير التى نص عليها القانون مخالفا حكم الشريعة، فحكمها أن ماتفق فيه القانون مع الشريعة طبقت عليه نصوص القانون-٣٠٤-، وما اختلف فيه القانون مع الشريعة عُدَّ غير منصوص عليه فى القانون، وأخذ حكم الجرائم التعزيرية التى نصت عليها الشريعة ولم ينص عليها القانون. فصور الربا التى لم ينص عليها القانون يعاقب عليها بالعقوبات الشرعية، والصور التى نص عليها ولايتفق نصه فيها مع نصوص الشريعة تأخذ نفس الحكم. أما الصور التى يتفق فيها القانون مع الشريعة فيعاقب عليها بالعقوبات القانونية-٣٠٥-.

٢٠٣- *الحق الثالث : حق العفو* :[1] من المسلم به فى الشريعة أن لولى الأمر حق العفو فى جرائم التعازير دون غيرها من الجرائم، فله أن يعفو عن الجريمة، وله أن يعفو عن العقوبة كلها أو بعضها، وله حق العفو سواء فى جرائم التعزير التى نصت عليها الشريعة، أو فى الجرائم التى نص عليها هو. وحق ولى الأمر فى العفو مقيد بألاّ يكون مخالفا لنصوص الشريعة، أو مبادئها العامة وروحها التشريعية، كما أنه مقيد بأن يقصد به تحقيق مصلحة عامة أو دفع مفسدة.

وإذا كان من حق ولى الأمر أن يعفو عن الجريمة، وأن يعفو عن العقوبة، فإن حقه فى العفو لايتولد إلا بتولد سببه، فلا يستطيع أن يعفو عن الجريمة إلا إذا وجدت الجريمة، ولايستطيع أن يعفو عن العقوبة إلا إذا حكم بالعقوبة. فليس لولى الأمر إذن أن يعفو مقدما عن الجرائم قبل وقوعها، أو عن العقوبات، قبل الحكم بها؛ لأن ذلك يُعَدُّ إباحة للأفعال المحرمة لاعفوا عن الجريمة أو العقوبة.

الصدر تعليق "رقم-٣٠٤-": لالكونه مما نص عليه القانون بل لكونه مما حكم به الشرع .

الصدر تعليق "رقم-٣٠٥-": لكونها من مصاديق العقوبات الشرعية .

الشاوى رأينا فى "التعليقين-٣٠٤-، -٣٠٥-": يكرر قوله فيما سبق. ونحن نقدر له تكرار ملاحظته أن شرعية القوانين الوضعية متوقفة على شرعية السلطة التى أصدرتها. وكنا نود لو أنه أبدى رأيه صراحة فى عدم جواز حسبان عقوبات هذه القوانين تعزيرات لأنها لم تستمد من مصادر الشريعة وأصولها - وأنها مستوردة من الخارج .

(١) راجع الفقرات من ٥٣٢ إلى ٥٣٥.

(عوده) ولاشك فى أن لولى الأمر أن يبيح الأفعال التى حرمها ابتداء-٣٠٦- إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة. والعلة فى ذلك أن الشريعة أعطته حق التحريم إذا اقتضت التحريم مصلحة عامة، وإعطاء حق التحريم يقتضى إعطاء حق الإباحة إذا اقتضته مصلحة عامة أيضا، فمن استطاع أن يحرم استطاع أن يبيح، مادامت المصلحة العامة هى التى استوجبت التحريم أو الإباحة.

أما الأفعال التى حرمتها الشريعة ابتداء فليس لولى الأمر أن يبيحها إطلاقا؛ لأنه ليس هو الذى حرمها حتى يكون له أن يبيحها؛ ولأن الشريعة لم تجعل له فى هذه الأفعال إلا حق العفو عن الجريمة أو العقوبة، فقد نصت الشريعة على المعاصى التى رأت تحريمها بصفة دائمة وحددتها وأمرت بالعقاب عليها، ولكنها تركت لولى الأمر أن يعفو إذا رأى العفو خيرا من العقوبة، وأن يعاقب إذا رأى العقوبة خيرا من العفو، بل تركت له أن يعفو عن الجريمة، وأن يعفو عن العقوبة كلها أو بعضها، فإذا عفا بعد وقوع الجريمة أو عفا بعد الحكم بالعقوبة وكانت المصلحة العامة تبرر هذا العفو فهو صحيح، أما العفو عن الجرائم قبل وقوعها فهو إباحة لها وليس عفوا عنها، ولايملك ولى الأمر أن يحل ماحرمه الله، وأن يبيح مالم يبحه الله، فإذا فعل فعمله باطل ولا أثر له.

والعلة فى منع ولى الأمر من إباحة ماحرمته نصوص الشريعة هى أن ولى الأمر لو أعطى له هذا الحق لكانت نصوص الشريعة عبثا؛ لأن ولى الأمر يستطيع أن يعطلها فى أى وقت شاء بما له من حق التحليل والتحريم.

وعلى هذا، لايصح القول بأن الجرائم التى نصت عليها الشريعة ولم ينص عليها القانون تُعَدُّ مباحة؛ لأن ولى الأمر ليس من حقه أن يبيح ماحرمته الشريعة. ولايصح هذا القول أيضا فيما يختص بالجرائم التى نص عليها القانون مخالفا الشريعة. كذلك ليس لأولى الأمر إباحة الجرائم التى نصت عليها الشريعة ونص عليها القانون، ولكن لأولى الأمر أن يبيحوا ماحرموه-٣٠٧- هم ولم تحرمه الشريعة.

ونستطيع بعد بيان حق ولى الأمر فى العفو أن نقول : إن الجرائم التى يحرمها ولى الأمر والعقوبات التى يفرضها على هذه الجرائم هى من حق ولى الأمر، فله أن يحرم اليوم، وله أن يبيح فى الغد ماحرمه-٣٠٨- وله أن يعاقب على ماحرمه وأن يعفو عن الجريمة-٣٠٩-

---

(الصدر) تعليق "رقم-٣٠٦-": مر علينا سابقا أنه ليس لولى الأمر أن يحرم ماأحله الله إلا فى ظرف خاص لمصلحة ملزمة، ومع ارتفاع المصلحة التى أوجبت الحرمة ترتفع الحرمة، فلا مجال للقول بأنه يبيحه بل يرفع نهيه ويرجع إلى حكمه الأصلى وهو الإباحة .

(الصدر) تعليق "رقم-٣٠٧-": بالمعنى الذى ذكرناه آنفا .

(الصدر) تعليق "رقم-٣٠٨-": أى يرفع الحرمة فيرجع إلى حكمه الأصلى وهو الإباحة.

(الصدر) تعليق "رقم-٣٠٩- " بمعنى أن يرفع حرمته فتخرج الجريمة عن كونها جريمة .

عوده كما يعفو عن العقوبة. ولاقيد على ولى الأمر فى استعمال هذا الحق إلا أن يكون تصرفه متفقا مع المصلحة العامة وبغرض تحقيق هذه المصلحة، أما الجرائم التى حرمتها الشريعة والعقوبات التى فرضتها فالأمر فيها جد مختلف،فكل فعل حرمه القرآن أو السنة فهو محرم ليس لكائن من كان أن يحله،وكل عقوبة فرضتها الشريعة فى جرائم الحدود أو جرائم القصاص والدية فهى عقوبة لازمة واجبة ليس لولى الأمر أن يهملها أو يعفو عنها-٣١٠-. أما العقوبات التى فرضتها الشريعة لجرائم التعازير فهى وإن كانت لازمة وواجبة، إلا أن الشريعة أعطت لولى الأمر فيها أن يعفو عن العقوبة إذا كان العفو يحقق مصلحة عامة، وأن يعفو عن الجريمة إذا كان العفو يحقق هذه المصلحة، وله أن يقيد كل جريمة تعزيرية بعقوبة معينة من عقوبات التعازير أو بأكثر من عقوبة إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة، فحق ولى الأمر فى الجرائم والعقوبات التى فرضتها الشريعة قاصر على تنظيم عقوبات التعزير، وحق العفو عنها وعن الجريمة التعزيرية.

ولقد بحث الفقهاء هذه المسألة فخرجوا من بحثها مجمعين على أن إقامة عقوبات الحدود واجبة على ولى الأمر، فإذا أهمل-٣١١- إقامتها كان من واجب كل فرد أن يقيمها

الصدر تعليق "رقم-٣١٠-": إلا فى صورة التوبة بعد ثبوت البينة بالإقرار كما تقدم ذلك منا فى أوائل الكتاب .

الشاوى رأينا فى "التعليقات-٣٠٦- إلى-٣١٠-": تدور حول صلاحيات "ولى الأمر" - ويجب أن نذكر بأن المقصود هو من له ولاية شرعية صحيحة، أما غيره ممن يتولون السلطة على غير أساس شرعى فولايتهم "واقعية" فقط كما قدمنا سابقا.

الصدر تعليق "رقم-٣١١-": ولى الأمر لايخلو بنظر الشيعة الإمامية من أحد شخصين، إما إمام معصوم، وإما من يترأس الدولة الإسلامية حال عدم وجوده وغيبته. أما الإمام المعصوم فلا يتصور فيه إهمال حد من الحدود لأنه ينافى فرض عصمته. نعم، قد يرى المصلحة فى تأخير إقامة الحد وفى هذا الحال لايصح لغيره أن يقيم الحد إلا بأمره، كما قد لايتمكن من إقامة حد من حدود الله فيجوز لغيره إقامته بإذنه. وأما إذا كان ولى الأمر غير الإمام المعصوم كان ينوب عن الإمام حال عدم وجوده وغيبته، فإن احتمل أن تركه للحد لم يكن عن إهمال وإنما أخر لمصلحة اقتضت ذلك بنظره فلا يصح لغيره إقامته إلا بإذنه. وأما إذا علم أن تركه كان إهمالا لواجبه فيسقط ولى الأمر عن مقامه ويجب على المسلمين تبديله بغيره، لأن من أهم شرائط ولى الأمر هو العدالة، ولاريب فى سقوط عدالته بمجرد تركه حدا من حدود الله، ومع عدم إمكان عزله وتبديله فيجب على أى فرد من المسلمين إقامته كما أقام أمير المؤمنين على (ع) الحد على أخ عثمان بن عفان حينما أهمل الخليفة إقامة الحد ولم يقمه على أخيه الوليد .

الشاوى رأينا فى "تعليق-٣١١-": يوضح رأى الشيعة فيمن تكون له الولاية الشرعية الصحيحة فى نظرهم، وقد ناقشنا آراءه فى هذا الصدد فيما سبق ...

أما إقامة الحد من الأفراد، فلا نوافق عليه مطلقا كما سنبين ذلك عند دراسة "الإهدار".

عوده دون أن يُعَدّ مرتكبا لجريمة، فإذا أقامها سقط الواجب بإقامتها عن غيره. ومعنى هذا أن الفقهاء يَعُدُّون إقامة الحدود من الفروض-٣١٢- التى تلزم جميع الأفراد حاكمين ومحكومين، ولاتسقط عنهم إلا إذا أقيمت، ولايجوز فيها عفو ولا إرجاء.

وأجمع الفقهاء أيضا على أن العقوبات المقررة لجرائم القصاص والدية حكمها حكم الحدود، فهى واجبة الإقامة مالم يعف المجنى عليه أو وليه عن العقوبة، فإذا أهمل ولى الأمر إقامتها كان للمجنى عليه أن يقتص لنفسه-٣١٣-، وكان لولى دم المجنى عليه أن يقتص من الجانى دون أن يُعَدّ القصاص فى هذه الحالة جريمة(١). واتفق الفقهاء على أن ولى الأمر ليس له أن يحل ماحرم الله، ولا أن يبيح مأأمر بمنعه أيا كان نوع العقوبة المقررة على الفعل المحرم. ولكنهم اختلفوا على إقامة عقوبات التعازير، فرأى مالك وأبو حنيفة وأحمد أن إقامة عقوبات التعازير واجب على ولى الأمر-٣١٤- ليس له أن

الصدر تعليق "رقم-٣١٢-": بل من الفروض المختصة بالحاكم، ولايصح لغيره إقامتها إلا فى فرض نادر أشرنا إليه سابقا .

الشاوى رأينا فى "تعليق-٣١٢-": يسرنا أن السيد الصدر قد أشار إلى أن إقامة الحد "من الفروض المختصة بالحاكم" ولايصح لغيره إقامتها (إلا فى فرض نادر)، وإن كان لم يشر إلى هذا الفرض النادر.

الصدر تعليق "رقم-٣١٣-": إلا إذا كان ولى الأمر هو الإمام المعصوم فلا يمكن أن يكون تركه أو تأخيره عن إهمال ولابد أن يكون ذلك لمصلحة داعية لذلك، فلا يجوز لغيره الاقتصاص بدون رأيه إلا إذا فرض عجزه، فلولى الدم أن يقتص بعد الاستئذان منه.

الشاوى رأينا فى "تعليق-٣١٣-": اعترض السيد الصدر على قول فقيهنا فى المتن "بأن ولى الأمر إذا أهمل إقامة الحد فإن للمجنى عليه أن يقتص لنفسه من الجانى دون أن يكون ذلك جريمة ."، لكنه بكل أسف قصر اعتراضه على حالة ما إذا كان ولى الأمر هو الإمام المعصوم كأن هذه ميزة لايشاركه فيها غيره.

وقد شرحنا رأينا بأن القصاص حق للقضاء وحده، ولايجوز لأى فرد سواء كان المجنى عليه أو غيره أن يدعى لنفسه حق إقامة الحد أو القصاص ....

كل ماهنالك أنه إذا فعل ذلك واعتدى على الجانى ظنا منه أن له حقا فى ذلك فلا يعاقب بالقصاص ولكن يبقى للقاضى الحق فى تعزيره.لأن الفعل جريمة ولانرى أنه يكون عملا مباحا .

وقد أشرنا لهذا الرأى فى تعليقنا على البند-١٩٧- وسنعود إليه فيما بعد ...

ونرى أن ذلك المقصود بقول فقيهنا والسيد الصدر بأن الفرد الذى يقيم الحد أو القصاص فى حالات الإهدار لا يُعَدّ مرتكبا لجريمة حدية - لكنه يستحق التعزير فى نظرنا دائما .

الصدر تعليق "رقم-٣١٤-": إنما يجب على ولى الأمر إذا كانت المصلحة الملزمة توجب التعزير وإلا فهو بالخيار بين إقامته وترك إقامته .

---

(١) الإقناع جـ ٤ ص ٢٤٤، الأم جـ ٦ ص ١٧١، حاشية البنانى جـ ٨ ص ١١٨، شرح فتح القدير ١١٢، ١١٣، ١٦٠، ١٦١ .

<عوده> يتركه إلا إذا كان العفو خيرا من العقوبة، فإذا اقتضت المصلحة العامة أن يعفو عن جريمة بعد وقوعها أو عن عقوبة بعد الحكم بها، كان له أن يعفو. وأساس نظرية هؤلاء الفقهاء أن جرائم التعازير حرمت وفرضت عليها العقوبات لمصلحة الجماعة، ولصيانة النظام العام الذى تقوم عليه الجماهير وهو الإسلام، ولما كان ولى الأمر هو ممثل الجماعة الذى أقامته لحفظ مصالحها وصيانة نظامها، فقد وجب عليه أن يعاقب على جرائم التعازير، وألاّ يهمل إقامة هذه العقوبات إلا إذا اقتضى صالح الجماعة أو نظامها العام العفو عن الجريمة أو العقوبة. ففى هذه الحالة يسقط عن عاتق ولى الأمر واجب إقامة العقوبة(1) .

ويرى الشافعى أن إقامة عقوبات التعازير حق لولى الأمر، وليست واجبا عليه، وأساس هذا الرأى أن لولى الأمر أن يعفو عن الجريمة،وأن يعفو عن العقوبة،فله إذن أن يعاقب وألاّ يعاقب،وكل مايكون للإنسان أن يفعله أو يتركه فهو حقه وليس واجبا عليه(2).

ويلاحظ أن التسليم بنظرية الشافعى لايؤدى بأى حال إلى تعطيل النصوص التى جاءت بجرائم التعازير؛ لأن الشافعى لم يقل بأن لولى الأمر أن يعطل نصوص الشريعة أو أن يبيح ماحرمته الشريعة، إنما قال : إن لولى الأمر أن يعاقب أو أن يعفو. فالجريمة لاتزال فى نظرية الشافعى جريمة، وماحرمته الشريعة يحرم إتيانه. وإنما لولى الأمر بعد وقوع الجريمة أن يعاقب أو يعفو، واستعمال ولى الأمر لحقه فى العقوبة أو العفو مقيد بصالح الجماعة ونظامها العام، الذى يقتضى العفو عن العقوبة تارة، ويقتضى تنفيذ العقوبة تارات، وليس لولى الأمر ألاّ يستجيب لمقتضيات المصلحة العامة أو النظام العام؛ لأنه لم يمنح حق العفو عن العقوبة أو إيقاعها إلا ليكون قادرا على تحقيق مصلحة الجماعة وتثبيت نظامها، ولم يول أمر الجماعة إلا لحماية صوالحها وحفظ نظامها.

والواقع أن الشافعى لم يقصد بنظريته أن يعطل نصوص الشريعة، أو أن يمنع العقاب على جرائم التعازير، وإنما قصد من وضع نظريته أن يقرر مسئولية الولاة عن ضمان ما يترتب على تنفيذ عقوبات التعازير، من موت أوقطع عضو أو تعطيله وما أشبه. ولا أدل على ذلك من أن فقهاء المذهب الشافعى يتكلمون عن هذه النظرية فى باب ضمان المتلفات، ولايذكرون عنها شيئا فى باب التعزير، فهم يرون أن العقاب فى التعازير من حق ولى الأمر لأن له أن يعفو وألاّ يعفو، وأن يختار عقوبة دون عقوبة. وما دام ولى الأمر غير ملزم بالعقاب وغير ملزم بعقوبات معينة، فهو مسئول عن

---

(1) حاشية البنانى وشرح الزرقانى جـ ٨ ص ١١٦،١١٥، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٦٤،٦٣، المغنى جـ ١٠ ص ٣٤٨.

(2) أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٦٢،١٦٣.

عوده ضمان مايؤدى إليه العقاب من موت أو عجز أو تعطيل طرف أو قطعه؛ لأنه كان يستطيع أن يعاقب بغيرالعقوبة التى أدت لهذه النتيجة، وكان يستطيع ألاّ يعاقب. فإذا اختار عقوبة معينة فأدت إلى الموت مثلا فهو مسئول عن ضمان ماحدث، لأنه كان يستعمل حقا، والقاعدة فى الشريعة أن استعمال الحق مقيد بشرط السلامة[1] -٣١٥-.

فالشافعى حين قرر نظريته لم يرد أن يعطل نصوص الشريعة، أو يمنع العقاب على جرائم التعازير، وإنما قصد الوصول إلى نتيجة لاعلاقة لها بهذين الأمرين، هى إلزام الولاة بضمان سراية عقوبات التعازير[2]. فإذا استطعنا ألاّ ننسى هذه الاعتبارات، أمكننا أن نفهم نظريته على حقيقتها، وتبين لنا أن العقاب إذا كان حقا لولى الأمر عند الشافعى، فإن ولى الأمر ليس له أن يعطله إلا تحقيقا لمصلحة عامة. وهذه النظرية لاتكاد تختلف شيئا فى نتيجتها العملية عن نظرية مالك وأبى حنيفة وأحمد التى تجعل لولى الأمر ألاّ يعاقب تحقيقا لمصلحة عامة، وإن جعلت العقاب فى الأصل واجبا. النظريتان لاتختلفان فى نتيجتهما العملية من حيث توقيع العقوبة، وإن اختلفتا من الناحية الفقهية فى تقرير مسئولية ولى الأمر عن سراية العقوبة.

الصدر تعليق "رقم-٣١٥-": الرأى السائد عند فقهاء المذهب الجعفرى إلى عدم الضمان لو أدى التعزير إلى التلف إذا رأى الحاكم أن المصلحة الملزمة تلزم بالتعزير الذى أمر به، وذهب بعض فقهاء المذهب الجعفرى إلى الضمان فى هذا الفرض .

---

(١) الأم الجزء السادس ١٧١، أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٦٢.
(٢) أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٦٣.

❁ 200-203-لاجريمة ولاعقوبة إلا بنص هو مبدأ شرعي أصيل-يجب الالتزام به:

فى نظرنا أنه يحسن الإشارة إلى "أولياء الأمر" فى التشريع بالجمع حتى لايُفهم أن من يسميه ولى الأمر فى هذا الصدد هو رئيس الدولة. وقد سبق أن بينا أن الدولة كلها بما فيها رئيسها (سواء سُمِّى سلطانا أو ملكا أو رئيسا) وحكومتها، إنما هى مجرد أجهزة وهيئات مُلزَمة شرعا بالخضوع للشريعة وتنفيذها؛ وليس لها أو لسلطاتها أى حق فى التشريع؛ لأن المشرع هو الله فى كتابه الكريم وسنة رسوله الأمين، وقد أجاز للأمة بواسطة علمائها وأئمتها أن تكمل الأحكام الشرعية وتنميها بالاجتهاد والإجماع. والقضاء فى شريعتنا هو فرع من الفقه الشرعي وشريك فى الاجتهاد، ولذلك فهو لايُعَدُّ من الأجهزة الإدارية للدولة؛ وأحكامه مثل أحكام الشرع كلها مُلزِمة للدولة ورئيسها وجميع "سلطاتها". فإذا صح عَدُّ القضاة من أولياء الأمر، فإنما ذلك بقدر ما لهم من علم وفقه، وبقدر مساهمتهم فى استنباط الأحكام بالاجتهاد .. وهم يشاركون فى الاجتهاد بقدر ما لديهم من علم وفقه والتزام بمصادر الشريعة وأصولها.

وكل ما ينسب إلى "ولى الأمر" من حقوق فى هذه البنود، إنما يستند إلى أقوال فقهائنا السابقين. ويجب أن نراعى أن الفقه قرر هذه "الحقوق" لأولياء الأمر بحسبانهم مجتهدين، لأنهم كانوا يشترطون فيمن يرشح للخلافة أو الإمامة أو رئاسة الدولة الاسلامية أو القضاء أن يكون مجتهدا. فلا يجوز الاعتراف بهذه الحقوق لمن لا تتوافر فيهم هذه الصفة بعد أن أصبح رؤساء الدول عندنا غير مجتهدين منذ انتهى عهد الخلفاء الراشدين، ولذلك لانعترف لهم بالحق فى إقامة الحدود التى يختص بها القضاء الشرعى المستقل عن الدولة وحده.

إنه قد عاب على القانون الجنائى الوضعى أنه لم يفرض عقابا جنائيًا على بعض المعاصى الشرعية – مثل الربا أو الزنا – وهذا نقص يجب معالجته بالتقنين الشرعى، لكن لايجوز مؤاخذة القانون الوضعي على التزامه بمبدإ أن الأصل فى الأشياء الإباحة وأنه لاجريمة ولاعقوبة إلا بنص؛ لأن هذا من أهم أصول شريعتنا؛ ونرى وجوب الالتزام به عند إعداد التقنينات الشرعية التى يكون هدفها حصر الأفعال المعاقب عليها جنائيا وتحديد عقوبة كل منها؛ تطبيقا للمبدإ الذى أفضنا وأفاض هو أيضا فى شرحه، ألا وهو مبدأ لاجريمة ولاعقوبة إلا بنص سابق على وقوع الفعل.

ولقد أشرنا من قبل إلى أنه لايجوز عَدُّ كل المعاصى جرائم جنائية، إلا إذا ورد فى التقنين مقدما نص يعاقب مرتكبيها بعقوبة جنائية؛ وهذ النص يضعه أهل الاجتهاد الذين يراعون ظروف الزمان والمكان ومقاصد الشارع الحكيم – فقد لايرون أن يسووا بين الربا والزنا وما أشار إليه من "أكل الميتة والدم ولحم الخنزير" مثلا أو غير ذلك من المعاصى التى يمكن أن يكتفوا بأن يفرض عليها تدابير أو تعازير وقائية؛ لأن التعازير ليس من الضرورى أن تصل كلها إلى حد العقوبات الجنائية.

۞ مجلس القضاء الأعلى هو الذى يقوم بتخصيص القضاة، ويمارس اختصاصات قاضي القضاة، ويُعَدّ جزءا من أهل الاجتهاد :

إننا نقول إن حق التجريم والعقاب – أى تقنين التشريع الجنائى – لاتملكه الدولة ولاحكوماتها، وإنما يُرجع فيه إلى "أهل الاجتهاد" لأنهم أقدر على التمييز بين المعاصى التى تصل إلى مستوى "الجريمة" المعاقب عليها بعقوبة جنائية، والمعاصى التى تكفى لمقاومتها التدابير التربوية والتعبدية والإصلاحية أو الوقائية .

وكنا نود لو أنه عرض علينا الآراء المختلفة فى فقهنا بشأن حق تخصيص القضاء؛ وهل يرجع للدولة ورئيسها بحجة أنهم يعينون القضاة، أم أنه يرجع إلى "قاضى القضاة" الذى يمثله الآن المجلس الأعلى للقضاء، الذى يتولى رئاسة القضاة والإشراف على جميع شئونهم حماية لاستقلالهم عن سلطات الدولة وهيئاتها التنفيذية. ورأينا هو أن مجلس القضاء الأعلى يجب أن يتكون من كبار رجال القضاء، وأن يكون مستقلا، وأنه هو وحده الذى يملك تخصيص كل قاض وكل هيئة قضائية فى نطاق نوعى وإقليمى معين؛ وفى هذه الحالة، وبهذه الشروط يلتزم القضاء بهذا التخصيص، ولايكون هناك داع لدعوة القاضى المقلد للخروج عن نطاق هذا التخصيص لأى سبب من الأسباب بحجة أنه يرى غير ما يراه مجلس القضاء الأعلى الذى حدد له اختصاصه .

وكما قدمنا فى كتابنا "فقه الشورى"، فإن مجلس القضاء الأعلى – الممثل للقضاء كمؤسسة شاملة لجميع درجاته – هو جزء من أهل الاجتهاد الذين يتولون عملية الاجتهاد والتقنين، كما أنهم يمثلون الأمة فى الإجماع وبخاصة الإجماع النسبى الذى نرى أنه الأداة الشرعية لإصدار التقنينات الشرعية (التى تقرها الأغلبية) لتكون ملزمة للجميع بلا استثناء، بمن فيهم القضاة وجميع أفراد المجتمع وأولهم الأقلية التى عارضت قرار الأغلبية.

كل ما يقوله فقيهنا للقضاة بشأن التزامهم بأحكام الشريعة وما يسميه التكامل بين الأحكام الشرعية والوضعية، إنما هو فى نظرنا موجه لمجلس الاجتهاد الذى يتولى التقنين والذى يدخل ضمنه المجلس الأعلى للقضاء الذى يتولى التخصيص- كمؤسسة لا القضاة كأفراد – لأن ذلك لم يعد من حقهم بعد أن أصبحوا مقلدين لا مجتهدين وملتزمين بمبدإ تخصيص القضاء .

❁ خلاصة رأينا فى استقلال التشريع والقضاء :

إن التناقض بين القانون الوضعى والتقنين الشرعى يجب إزالته عن طريق نزع ولاية التشريع من هيئات الدولة وسلطاتها والمسئولين فيها، وحصره فى الهيئات التى تتولى الاجتهاد والتقنين بتفويض من الأمة ونيابة عنها، لابدعوة القضاة لتطبيق أحكام الشريعة وعدم تطبيق القانون الوضعى مما يعطى الدولة فرصة لإلزامهم بأن يتركوا ساحة القضاء للمنافقين الذين لايعرفون شيئا عن الشريعة ولايلتزمون بسيادتها ولايعرفون أحكامها ...

إننا نعتقد أن ما نقترحه هو التزام واضح وكامل بالمبادئ والنظريات العامة الشرعية الآتية:

1 – استقلال الشريعة عن الدولة وسلطاتها. ويترتب على ذلك عدم الاعتراف للدولة بسلطة تشريعية، سواء فى ذلك رؤساؤها أو من يمارسون سلطاتها المختلفة. وكل ما يسمى الآن السلطة التشريعية فى الدولة هو سلطة تنظيمية تماثل ما يعرف الآن بسلطة إصدار اللوائح، وتكون أنظمتها خاضعة لسيادة التشريع الإسلامى طالما كانت الدولة "إسلامية" أيا كانت الصيغة التى تقرر بها هذ الصفة. أما إذا تنكرت الدولة لالتزامها بالشريعة، فإن الأمة هى التى تستطيع تصحيح ذلك وليس القاضى المعين من قبلها، والملتزم بمبدإ تخصيص القضاء .

2 – حق التقنين من اختصاص من يتولون "الاجتهاد" من العلماء والفقهاء وأهل الذكر من الاختصاصيين فى الشئون المختلفة (العسكرية والعلمية والاجتماعية ... إلخ)، ويشاركهم فى ذلك مجلس القضاء الأعلى الممثل للسلطة القضائية كمؤسسة مستقلة عن الدولة، لأن القضاء فى مجموعه كمؤسسة هو فى نظرنا جزء من أهل الفقه وأهل الذكر الذين يساهمون فى الاجتهاد الجماعى.

3 – تقنين التعازير يكون هو مصدر التجريم، تطبيقا لمبدإ أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص. ونحن نلتزم بمبدإ الإباحة الأصلية لكل فعل لا يوجد نص مقنن بتجريمه. ونرى أن التقنين يجب أن يشمل الحدود والقصاص، حتى لا يكون هناك خلاف فى القضاء بشأن هذه العقوبات المقررة ونطاقها .

4 – ليس للقضاة المقلدين حق فى التجريم، ولا لرؤساء الدول أو المسئولين فيها، لأنهم جميعا ليسوا مجتهدين. وإذا وجد منهم من هو فى مرتبة الاجتهاد (وهذا مستبعد حاليا) نرى أن الأولى أن يتفرغ للعلم وأن يتخلى عن كل منصب فى الدولة ليكون ممثلا للأمة فى عملية الاجتهاد، ويبقى فى مستوى غيره من أهل العلم والاجتهاد، ولا يتمكن من فرض رأيه على الناس بحجة أنه يمثل الدولة أو أنه رئيسها أو أنه يتولى أى منصب من مناصبها (بما فى ذلك منصب الإفتاء الذى هو مجرد منصب استشارى للحكومة التى تعين المفتى لذلك) ...

5 – مبدأ استقلال القضاء مكمل لمبدإ استقلال الشريعة، ومن مقتضياته ومستلزماته. وإن القضاء بكامله هو جزء من هيئة الاجتهاد ويمثله فى ذلك رؤساؤه الذين يشكلون مجلس القضاء الأعلى. ويلزم لضمان هذا الاستقلال أن يكون هذا المجلس هو الذى يعين القضاة لا الحكومة ولا أى وزير أو مسئول فيها – "ولو كان رئيس الدولة" – هذا المجلس هو الذى له حق تخصيص القضاة وهو الذي يعينهم ويشرف عليهم، وهم يلتزمون بهذا التخصيص الصادر من المجلس الأعلى المشرف وحده على كل شئون القضاة من ترقيات وتعيينات وتنقلات ومساءلة وتأديب .

ولا مانع من أن تصدر القرارات من رئيس الدولة، ولكن بناء على اقتراح مجلس القضاء، وهذا هو ماتسير عليه الدساتير العصرية .

6 – الاجتهاد فى عصرنا وجميع العصور القادمة لم يعد فرديًا، وإنما هو جماعى يشارك فيه العلماء والفقهاء وأهل الذكر الذين تختارهم الأمة بالشورى الحرة سواء بالتشاور المرسل أو ضمن مؤسسة منظمة أو مجلس تختاره الأمة، دون تدخل من سلطات الدولة – على أن يوضح فى الدستور المؤهلات التى يجب أن تتوافر فى المرشحين لهذا المجلس حتى لا يتحول إلى مجلس سياسي، بل لا بد فى نظرنا أن يكون منفصلا عن المجلس السياسى (سواء سمى مجلس الشعب او أهل الحل والعقد الذين تختارهم الأمة بالشورى الحرة لممارسة الاختصاصات السياسية دون التشريع).

7 – الإجماع النسبى هو إصدار للتقنين الذى أعده أهل الاجتهاد، ويصدر عن الأمة بالغالبية فى قرار بالشورى الحرة. ونقترح أن يكون إصدار التقنين بقرار من مجلس الاجتهاد، وإذا أصدره رئيس الدولة فيكون ذلك بناء على قرار من أهل الاجتهاد. ولامانع من أن يشارك فى إصدار القرار أهل الحل والعقد الذين اختارهم الأمة بالشورى الحرة لممارسة السلطات السياسية، وبهذا يكون التشريع كله صادرا عن ممثلى الأمة ومستقلا عن الدولة ومهيمنا عليها، ولا يكون لها أو لأى من سلطاتها ممارسة سلطة التشريع ولا التدخل فى القضاء الذى هو جزء من الفقه .

8 – أعضاء مجلس الاجتهاد يختارون بالانتخاب الحر، وهم "أولياء الأمر" فى كل ما يتصل بالتشريع والقضاء. ولا يصح استعمال كلمة "ولى الأمر" بصورة تسمح بأن يكون المقصود منها رئيس الدولة الذى هو رئيس السلطة التنفيذية، ولا يحتج فى ذلك بما قاله السلف بشأن الخليفة أو الإمام لأنهم كانوا يشترطون فيمن يصلح للخلافة أو الإمامة (أى رئاسة الدولة الإسلامية) أن يكون قد بلغ مرتبة الاجتهاد ولم يعد ذلك ممكنا بعد قفل باب الاجتهاد الفردى.وقد أضفنا لذلك رأينا بأنه فى عصرنا الحاضر والمستقبل لو فرض

ووجد من وصل هذه المرتبة من علماء عصرنا أو العصور القادمة، فمن الأفضل ألا يتولى رئاسة الدولة لأن ذلك قد يغريه بأن يفرض رأيه أو فتواه على الناس ويحرم غيره من أهل الاجتهاد من إبداء آرائهم – وهو ما حذر منه فقهاؤنا ولا يقره الفقه منذ عهد الخلفاء الراشدين .

9 – مجلس الاجتهاد يشارك فيه مجلس القضاء الأعلى، وهوالذى له ولاية التعزير بما فى ذلك تحديد العقوبات أو التدابير التى يمكن الحكم بها فى كل معصية أو جريمة، وليس ذلك للقاضى المقلد إلا فى الحدود التى ينص عليها فى التقنين. ولا يحتج بأقوال السلف بأن التعزير يتولاه القاضى لأنهم كانوا يشترطون فى كل قاض أن يكون مجتهدا – وهو مالم يعد ممكنا فى عصرنا ولا العصور التالية .. وبالتالى فلا محل لإعطاء القاضى المقلد الحق فى مخالفة التقنينات الصادرة من هذا المجلس بحجة أن "الشريعة" فيها ما يخالفه، لأن المفروض أن أهل الاجتهاد أو مجلس الاجتهاد الجماعى أعلم بالشريعة من غيرهم، وقد اختارتهم الأمة لينوبوا عنها فى ولاية التقنين والتعزير بالإجماع – النسبى – الذى يوصف دائما بأنه إجماع أمة محمد ...

10– أهل الاجتهاد أو المجلس الذى تختاره الأمة لذلك هو فى نظرنا الذى له حق العفو عن العقوبة أو الجريمة[1]، وليس ذلك لرئيس الدولة بحجة أنه "ولى الأمر" لأنه إذا كان ولى أمر ففى حدود اختصاصه التنفيذى كرئيس دولة تلتزم بالشريعة المستقلة عن الدولة والمهيمنة عليها ولها السيادة فى المجتمع، وعليه أن يلتزم بأحكامها التى "يصدرها" مجلس الاجتهاد المستقل عنه وعن الدولة – والذى اختارته الأمة لممارسة الإجماع باسمها ونيابة عنها. ولذلك، يوصف الإجماع بأنه إجماع الأمة وإن كان يتولاه من تفوضهم لذلك بصفتهم أهل الاجتهاد الجماعى وأهل الإجماع .

11 – القضاء الشرعى المستقل عن الدولة هو وحده الذى له حق تطبيق التشريع أو التقنين الجنائى، وله وحده حق تنفيذ العقوبات بما فى ذلك عقوبات الحدود والقصاص بل والإشراف على تنفيذ الجزاء الجنائى، بما فى ذلك الإشراف على السجون. ولذلك، فإننا لانرى أن الإهدار يسمح للفرد العادى أيا كان – ولو كان هو المجنى عليه– بتوقيع الحد

(1) مع ملاحظة أن ما يقال بأن المجنى عليه له حق العفو عن القصاص – لا يُعَدّ فى نظرنا عفوا عن العقوبة ولا عن الجريمة، وإنما هو مجرد تنازل عن حقه فى طلب القصاص كعقوبة مشددة، لكن يبقى للمجتمع حق التعزير وهو الجزاء الأصلى فى جميع الأحوال .

أو القصاص أو التعزير، مهما تكن الظروف، إلا إذا كان ذلك بأمر القاضى وتحت إشرافه ومسئوليته؛ لأن ما ننكره على رئيس الدولة ذاته من تدخل فى القضاء أو العقوبات لا يمكن أن نسمح به للفرد العادى. وسنوضح رأينا فى ذلك فى موضعه عند الكلام على العصمة والإهدار .

* * *

إننا نقترح أن نلتزم الأسلوب العلمى والشرعى فى استنباط الأحكام انطلاقا من المبادئ والنظريات والمقاصد العامة للشريعة والتزاما بأصولها، ونفضل عدم استعمال المصطلحات الفقهية دون توضيح ما يلزم لكى نكون فى حدود المبادئ والأصول العامة، وبخاصة اصطلاح أولى الأمر أو ولى الأمر ... أو الإمام أو اصطلاح التعزير أو الإهدار أو العصمة أو العفو ... وما إلى ذلك ...

ونرجو أن ينظر القارئ إلى رأينا كما ينظر إلى رأى فقيهنا ومن سبقه من الفقهاء القدماء والمحدثين على أن كلا منها يحتمل الخطأ أو الصواب وليس نصا مفروضا لا يحتمل الجدال مثل نصوص القوانين الوضعية التى تفرضها الدولة ويدعى الشراح المعاصرون أنها تمثل إرادة "الدولة" أو بالأصح من يسيطرون عليها أو يدعون أنهم يمثلونها.

* * *

هذه هى الصورة المجملة التقريبية المنطقية لما نقترحه فى هذا الصدد، حتى لا نقع فيما انتقدناه من ترديد المصطلحات الفقهية دون إعمال المبادئ والنظريات العامة المتعددة المتداخلة، إذ من الواجب مراعاة ما تستلزمه هذه النظريات والمبادئ فى مجموعها ولا نقتصر على الاعتماد على الأحكام الفرعية، ولا على المصطلحات الفقهية دون أن نأخذ كلا منها فى حدود المقصد العام الذى وضع من أجله .

لايمكن فى نظرنا عرض الأحكام دون إرجاعها إلى تلك المبادئ العامة التى لا يجوز تجاهلها ولا إعمال واحد منها دون مراعاة ما يستوجبه باقى المبادئ والنظريات.

هذا هو ما نرى أنه واجبنا فى هذه المرحلة من مراحل فقهنا التى وصفناها بأنها مرحلة "النظريات"، لأنها تعيد للفقه خصوبته، وتجعل تراثنا منبعا لأحكام مستقبلية فى القضايا المستحدثة التى لم تعرفها مجتمعاتنا من قبل، وبالتالى لا ندَّعى أن أسلافنا قد تعرضوا لحكمها، وإن كانوا تركوا لنا ثروة من المبادئ التى يجب علينا أن نتخذ كلا منها قاعدة وأساسا لنظرية عامة، وأن نراعى هذه النظريات والمبادئ جميعها دون أن نعزل أحدها عن الآخر، ودون أن نعزل عنها الأحكام التفصيلية.

مرحلة المؤسسات فى الفقه والقضاء :

كما أننا الآن قد بدأنا مرحلة "المؤسسات" فى مجال الفقه والتشريع، بعد أن تجاوزنا مرحلة الأئمة مؤسسى المذاهب الذين اعترفت لهم الأمة بجميع أجيالها بأنهم مجتهدون، واتجه الفقه بعدهم إلى إعلان مايسمى "قفل باب الاجتهاد" الذى سَوَّغوه بأن الزمان قد تغير، وأن ظروفا كثيرة قد ترتب عليها عدم إمكان توافر الشروط التى أجمع عليها العلماء لمنح هذه الصفة لشخص واحد، وأصبح من الضرورى أن يكون الاجتهاد عملا جماعيا يشارك فيه أشخاص كثيرون، نسميهم "أهل الاجتهاد" الذين نفترض أن تنوع اختصاصاتهم ومؤهلاتهم يجعل منهم جمعًا يتوافر لديهم الشروط التى كانت تتوافر لدى إمام واحد من المجتهدين فى الماضى .

إن أهل الاجتهاد أصبحوا جماعة لا فردا – وهم يكونون مؤسسة حلت محل الإمام المجتهد. وفى الماضى كان حوارهم حرّا مرسلا دون اجتماع فى مجلس، والآن يطالب البعض بأن يمثلهم "مجلس"، ولكن يخشى أن تتدخل الدول وحكامها فى شئون هذا المجلس بإدخال أعوانهم فيه ومنع معارضيهم من المساهمة فيه، لذلك لايمكن وجود مثل هذا المجلس إلا إذا توافرت ضمانات لاستقلاله واستقلال من يشاركون فيه، حتى لايسيطر عليه "فقهاء السلاطين" فيصبح مجرد واجهة للدولة أو حكومتها أو رئيسها .

هذا التطور فى مجال الاجتهاد يماثله تطور فى القضاء – من ناحيتين :

الأولى، أن فقهاءنا اشترطوا فى كل قاض أن يكون مجتهدا، وأعطوا له بهذه الصفة ولاية التعزير .

والأسباب التى أدت إلى قفل باب الاجتهاد الفردى فى الفقه، هى ذاتها التى أدت إلى أن أصبح القضاة فى عصرنا – وفى العصور التالية من باب أولى – "مقلدين"، وعلى درجات متفاوتة فى اختصاصاتهم أعلاها المحكمة العليا أو محكمة النقض التى تتولى الرقابة على صحة تطبيق التشريع، والمجلس الأعلى للقضاء (ويدخل ضمنه قضاة المحكمة العليا أو محكمة النقض) المختص بكل مايتعلق بتعيين القضاة وترقيتهم والإشراف عليهم ليكونوا مستقلين عن "الدولة" وحكومتها .

فى نظرنا أن مجلس القضاء الأعلى أو المحكمة العليا ومجموع الهيئة القضائية المتكاملة أصبحت هى المؤسسة التى تقوم بدور القاضى المجتهد فى الماضى – فى ولاية التعازير– وأنها لذلك هى التى تتولى تقنين التعازير، وأنها تمثل القضاء كهيئة، وتدخل بهذه الصفة ضمن "أهل الاجتهاد" بعد أن كان القاضى الفرد فى الماضى من المجتهدين .

* * *

❁ مرحلة المؤسسات فى فقهنا السياسى :

بقى علينا أن نجدد فقهنا السياسى فى هذا الاتجاه المؤسسى .

فكل ماكتبه فقهاؤنا من شروط فى الخليفة أو الإمام أو الرئيس لم يعد من الممكن توافره فى فرد واحد حتى يمكن عَدُّه أنه هو ولى الأمر بمجرد أنه رئيس الدولة، وأصبح من الضرورى تحديد اختصاصات رئيس الدولة والدولة ذاتها .

إن فقهنا لم يشر قط إلى الدولة، وإنما يتكلم عن "الأمة". والأمة التى تمثلها مؤسسات متعددة قد تكون "الدولة" إحداها، ولكن لايجوز أن تحتكر تمثيل الأمة كما تفعل الدول ذات النظم الشمولية .

إن عصر الأئمة فى الفقه والاجتهاد قد تجاوزناه، وحل محلهم "أهل الاجتهاد" لعدم وجود من تتوافر فيه جميع الشروط التى قررها الفقه ليكون الشخص مجتهدا. أصبح القضاة "مقلدين" وليسوا مجتهدين كما كان الأمر فى الماضى. وإذا كان هناك قدر من الاجتهاد فى عصرنا الحاضر، فإن القضاء كله يمارسه كمؤسسة فى قمتها محكمة عليا ومجلس أعلى للقضاء، وتحل هذه المؤسسات بكاملها محل القاضى المجتهد .. ولها استقلالها عن الحكومة "والدولة" .

وقد قلنا فى كتابنا فقه الشورى: إن مايسمى الآن بالدولة ليس إلا إحدى المؤسسات فى "الأمة"، وتمثلها فى المجال السياسى فقط .

أما فى المجال التشريعى، فيمثلها "أهل الاجتهاد"، و"أهل الإجماع"، وهى المؤسسة المختصة بالتشريع ويتفرع عنها القضاء كمؤسسة وعلى رأسه المحكمة العليا.

وفى نظرنا أنه يوجد إلى جانب ذلك مؤسسات أخرى فيما يسمى الآن بالمجتمع المدنى، نرى أن تتمتع بقدر من الاستقلال عن "الدولة"، وذكرنا من أولها بيت المال الذى يتفرع عنه بيت الزكاة، ويلى ذلك الأوقاف التى نعتقد أنها كانت دائما محور النشاط الاجتماعى والعلمى والثقافى فى الأمة طوال عصور تاريخها، والحكم الشمولى يتجه إلى السيطرة عليها كما سيطر من قبل على بيت المال. إنه يتجه الآن للسيطرة على الأوقاف، بل وعلى الشركات وغيرها من "مؤسسات المجتمع المدنى"، وشجعه على ذلك تضخم فكرة الدولة فى الفلسفات الأوربية التى صورت الأمة أو الشعب على أنه جزء من الدولة وعنصر من عناصر تكوينها مثل الأرض والحكومة ... وهو تصور لم تعرفه شريعتنا ولا فقهنا الذى يعترف بالأمة والفرد فقط، وما الدولة إلا جهاز تنفيذى ينوب عن الأمة فى تنفيذ أحكام الشريعة الإلهية والالتزام بها .

وإذا أردنا أن يكون لنا فكرنا السياسى المستقل عن النظريات الفلسفية المستوردة من أوربا، فعلينا أن نبدأ بما بدأت به شريعتنا من إصلاح الأفراد والأمة على أساس الالتزام بالشريعة، وتحجيم فكرة "الدولة" لكى تكون إحدى مؤسسات الأمة وتابعة لها وفرعا منها، مهمتها الالتزام بالشريعة والخضوع لها وتنفيذها على أساس سيادة الشريعة.

❁ أهل الحل والعقد يمثلون الأمة فى الإشراف على الدولة – وأهل الاجتهاد يمثلونها فى التشريع وكلاهما مؤسسة لا فرد :

وهذا هو مايميز مجتمعنا ويحميه من التبعية الفكرية والسياسية للمجتمعات اللادينية وريثة الفلسفات اليونانية والرومانية الوثنية – كما أن عقيدة التوحيد تطهرها من رواسب الجاهليات الشرقية إذ جاء الإسلام لتحرير الناس من عبادة الفرد الحاكم المسيطر، والخضوع للشريعة الالهية بدلا من الاستسلام لسلطة الفراعنة والأكاسرة والقياصرة وأحكامهم السلطوية .

لقد آن الآوان أن نحرر فقهنا السياسى من فكرة وجود شخص يكون ولى الأمر، لأن ولاية الأمر فى الفقه والاجتهاد والقضاء يجب أن تكون مستقلة عن ولاية الأمر فى الشئون السياسية .

الدولة الإسلامية فى فقهنا خاضعة للشريعة وللإرادة الشعبية الشورية، وقيادتها جماعية يمثلها فى الجوانب السياسية والتنفيذية "أهل الحل والعقد" الذين يختارهم الشعب ويمثلونه، فى اختيار الحكام والإشراف عليهم، وتكون الدولة بذلك مؤسسة مدنية، لاتتغول ولاتفرض إرادة فردية على الأمة وشعوبها ولايمثلها فرد .

كما يمثلها فى مجال التشريع أهل الاجتهاد الذين تمنحهم الأمة فى مجموعهم هذه الصفة، وتفوضهم لاستنباط الأحكام من مصادرها الشرعية بعد انتهاء عصر الأئمة مؤسسى المذاهب وإجماعهم على الالتزام بمذهب معين أو رأى معين فى هذا المذهب يلزم الكافة، ولو كان إجماع الأغلبية (نسبيا فقط) .

ولايجوز أن يفهم من كلام فقيهنا أنه يعترف لحكومة استولت على السلطة بالقوة والغلبة بحق أن تطبق الحدود قبل أن يلتزم الحكام أنفسهم بمبادئ الشريعة فيما يتعلق بولاية السلطة. ونحن من جانبنا لانقر ماقاله من إلزام القاضى المسلم الذى تعينه مثل هذه الدول بأن يطبق الحدود؛ لأن معنى ذلك إعطاء الدولة التى عينته حق تطبيق الحدود بواسطة قضاتها (سواء كانوا مسلمين أو غير مسلمين)، ولأن هذا الواجب الذى يفرضه على من يَعُدُّه قاضيا مسلما سوف تستغله السلطات الباغية لتطبيق هذه العقوبات البدنية على المسلمين وحدهم لتدفعهم إلى كره الإسلام والتبرؤ منه هربا من تلك العقوبات، وخصوصا أن عقوبة الحرابة يمكن لفقهاء السلاطين أن يطبقوها على المسلمين الذين يطالبون بتطبيق الشريعة كما طبقوا على فقيهنا عقوبة الإعدام.

إن المبدأ الذى نذكّر به دائما هو أن تطبيق الحدود ليس من حق من فرضوا سلطتهم بالغلب والقوة؛ بل هو حق للدولة الإسلامية وحدها، وبالتالى لايجوز مطالبة مغتصبى السلطة بتطبيق الحدود، ولا السماح لهم بذلك، إلا بعد تصحيح أوضاع الدولة وإخضاع الحكام أنفسهم لمبادئ الشريعة .

الفصل الثانى
فى سريان النصوص الجنائية على الزمان

عوده ٢٠٤- *قاعدة أصولية*:- القاعدة العامة فى الشريعة الإسلامية أن النصوص الجنائية لاتسرى إلا بعد صدورها وعلم الناس بها[1] -٣١٦-، فلاتسرى على الوقائع السابقة على صدورها أو العلم بها. ومقتضى هذه القاعدة أن النصوص الجنائية ليس لها أثر رجعى، وأن الجرائم يعاقب عليها بالنصوص المعمول بها وقت ارتكاب هذه الجرائم.

وليس فى كتب الفقه مباحث خاصة عن الأثر الرجعى للنصوص، ولكن ليس معنى ذلك أن الشريعة لاتعرف الأثر الرجعى ولم تتعرض له، فإن من يتتبع آيات الأحكام وأسباب النزول يستطيع بسهولة أن يخرج بنظرية الشريعة كاملة فى الأثر الرجعى.

ونستطيع أن نقول بعد أن تتبعنا آيات الأحكام الجنائية: إن القاعدة العامة فى الشريعة هى أن التشريع الجنائى ليس له أثر رجعى،وأن هذه القاعدة العامة لها استثناءان :

أولهما : أن التشريع الجنائى يجوز أن يكون له أثر رجعى فى حالة الجرائم الخطيرة التى تمس الأمن العام أو النظام العام.

ثانيهما : أن التشريع الجنائى يجب أن يكون له أثر رجعى كلما كان ذلك فى مصلحة الجانى.

والفرق بين الاستثناءين أن الأول جوازى للشارع، فله أن يجعل للتشريع أثرا رجعيا بشرط أن تستوجب ذلك مصلحة عامة، والثانى وجوبى، فليس للشارع أن يمنعه إلا إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة. وسندلل فيما يلى على القاعدة وما استثنى منها.

الصدر تعليق "رقم-٣١٦-": ذكرنا سابقا أنه لايشترط فى سريان النصوص الجنائية علم الناس بها، بل الشرط صدورها وتمكن المكلف من امتثالها، لبداهة صحة تكليف من لم يعلم مع تمكنه من امتثال ماكلف به. ولقد أشرنا سابقا إلى استحالة اشتراط التكليف بالعلم، إذ لو لم يكن التكليف متقدما على العلم فبماذا يتعلق العلم ياترى؟

الشاوى رأينا فى "تعليق-٣١٦-": سبق أن أيدنا قول السيد الصدر بأن المقصود بشرط العلم بالنص الجنائى هو فقط إمكانية العلم، وقد أضفنا رأينا أن من واجب الجماعة ومن يمثلونها من أهل الاجتهاد القيام بكل مايمكن لتسهيل العلم على المكلفين جميعا، ويكون ذلك فى عصرنا الحاضر والمستقبل بتقنين النصوص الجنائية الذى أصبح ضروريا فى عصرنا. ومتى قامت الأمة بواجبها فى تعليم الأفراد وتعريفهم بأحكام الشريعة فإن العلم يكون مفترضا فى كل فرد، ولايستطيع أحد أن يدعى عدم علمه بالأحكام، ولايكون هذا الادعاء معطلا تنفيذها على الكافة .

---

(١) راجع الفقرة رقم ٨٧.

204 – وقت سريان القوانين الجنائية :

الآيات القرآنية التى أشار إليها فيما سبق[1] بحُسبانها أساسا لمبدإ الشرعية الذى تعبِّر عنه قاعدة "أنه لاجريمة ولاعقوبة إلا بنص"، هى بذاتها مصدر هذا المبدإ الأصولى بأن "القوانين الجنائية تنفذ بعد صدورها وليس لها أثر رجعى". وهذه هى إحدى النتائج الحتمية لمبدإ الشرعية؛ وقد قلنا دائما بأن النص الذى يطبق على الفعل هو الذى يكون سابقا على وقوعه ويكون ساريا ونافذا عند ارتكابه ....

وفضلا عن ذلك فقد ذكر نصوصا وسوابق أخرى تؤيد هذا المبدأ العام الذى لاجدال فيه، ويكفينا ما نص عليه القرآن الكريم بقوله تعالى: ﴿وما كنا معذّبين حتى نبعث رسولا﴾ [الإسراء: 15]. ولنا تحفظ على قوله بأن نص الآية (22) من سورة النساء بتحريم نكاح زوجات الآباء طُبق مدنيّا بأثر رجعى، إذ إن من سبق أن تزوج واحدة من هذه الزوجات المحرمات وجب عليه أن ينفصل عنها لأنها لم تعد تحل له – وليس فى ذلك أثر رجعى كما قال هو، بل هو أثر فورى[2]. ومثل ذلك بالنسبة للآية (3) والآية (23) من سورة النساء أيضا، وآية تحريم الربا وأمثالها؛ لأننا نفرق بين الأثر الفورى والأثر الرجعى، لأن معنى الفورية إنهاء حالة قائمة فور صدور الأمر بتحريمها ولو كان العقد أو التصرف الذى أنشأها سابقا على ذلك .

وعلى كل حال، فإن جميع هذه الأمثلة متعلقة بأحكام مدنية، ونحن هنا فى نطاق التشريع الجنائى .

وما عَدَّه استثناءات من هذا المبدإ الأصولى يحتاج منا إلى تفصيل لأننا لا نوافق علىأقواله بشأنها. وسنبين رأينا عندما نستعرض كلا منها على حدة بعد عرض القاعدة العامة – فيما يلى:

---

(1) يُراجع البند (112) وما بعده .

(2) ولو قلنا بأن له أثرا رجعيا لكان معنى ذلك أن يكون الأطفال الذين ولدوا يبطل نسبهم، أو ان المعاشرة السابقة كانت محرمة وزنا .... إلخ .

عوده ٢٠٥- *القاعدة العامة "لارجعية فى التشريع الجنائى"* :- فأما القاعدة العامة. فهى مستخلصة من تتبع آيات الأحكام الجنائية وأسباب نزولها، فقد نزلت جميع الأحكام التى حرمت المعاصى بعد أن فشا الإسلام، فلم يعاقب بها على الجرائم التى وقعت قبل النزول، عدا جريمة القذف وجريمة الحرابة، فهناك من يرى أن عقوبتهما طبقت على جرائم وقعت قبل النزول. ومن الصعب أن نستعرض كل الجرائم واحدة بعد أخرى، ولهذا سنكتفى باستعراض الجرائم المهمة.

فالزنا حرم فى أول الإسلام، وكانت العقوبة عليه أول الأمر مخففة، وهى الإيذاء والحبس فى البيوت طبقا لقوله تعالى: ﴿واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فإن شهدوا فأمسكوهن فى البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا * واللذان يأتيانها منكم فآذوهما فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما﴾ [النساء:١٥،١٦]. ثم شددت عقوبة الزنا بعد ذلك-٣١٧-، فصارت الجلد والرجم طبقا لقوله تعالى: ﴿الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾ [النور:٢]. وطبقا لقول الرسول: "خذوا عنى فقد جعل الله لهن سبيلا، البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام، والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة". ولو كان للتشديد أثر رجعى لطبقت عقوبة الجلد والرجم على الجرائم التى وقعت قبل تقرير هاتين العقوبتين، ولكن لايُعْلَم أن أحدا جلد أو رجم لزنا وقع قبل تشديد عقوبة الزنا. ومن ثم فلم يكن للنص المعاقب على الزنا أثر رجعى-٣١٨-.

الصدر تعليق "رقم-٣١٧-": أى أن الآية الثانية نسخت الأولى، وقد ذكرنا سابقا أنه لانسخ فى المقام لعدم إمكان نسخ الآية المباركة إلا بآية متصلة بها. كما ذكرنا أنه لانسخ إلا مع اتحاد الموضوع فى الآيتين وعدم إمكان اجتماع الحكمين. وقد ذكرنا سابقا أن الآية الأولى غير مختصة بالزنا والآية الثانية مختصة بالزنا ومخرجة له عن عموم الآية الأولى، لا ناسخة لها. كما لامانع من اجتماع الحكمين: فالحكم المذكور فى الآية الأولى لأجل المنع من تكرار الجريمة، فهو حكم وقائى، والحكم المذكور فى الآية الثانية لمعاقبة المجرم، فهو حكم تأديبى .

الشاوى رأينا فى "تعليق-٣١٧-": يهمنا ماتضمنه من أن الآية الخاصة بالفاحشة فى سورة النساء هى حكم وقائى لم ينسخ بالنص على عقوبة الزنا فى سورة النور. ونحن نقر ذلك، وسبق أن قلنا إنه يفيدنا فى تضييق نطاق النسخ فى النصوص القرآنية وهو الاتجاه الذى ذهب له كثيرون وقد أيدناه . كذلك نؤيد الرأى القائل بعدم وجود أى استثناء على مبدإ عدم رجعية النصوص الجنائية.

الصدر تعليق "رقم-٣١٨-": كما يشهد له ظهور نفس الأدلة من أنها فى مقام بيان عقوبة من سيصدر منه الزنا فلا تشمل من زنا سابقا، وهكذا جميع الجرائم التى سيذكرها المؤلف بعيد ذلك .

الشاوى رأينا فى "تعليق-٣١٨-": يؤيد السيد الصدر ماقاله فقيهنا فى المتن من أن النص المعاقب على جريمة الزنا - (فى سورة النور- الآية رقم (٢)) - لم يكن له أثر رجعى، وكذلك النصوص الأخرى التى ذكرت فى المتن (فى سورة النساء الآيات ٢٢و٢٣ والمائدة رقم ٩٠ ورقم ٣١ والبقرة ٢٧٨ و٢٧٩ والمائدة رقم ٩٥)، لكن لانوافق على ماقاله فقيهنا من أنها جميعا نصوص جنائية، لأن من بينها نصوصا متعلقة بالأحوال الشخصية ولايترتب على مخالفتها عقوبة إلا إذا وجد نص بذلك ...

〈عوده〉 وحرم الله نكاح زوجة الأب بعد أن كان جائزا، فأصبح لهذا النوع من النكاح وجهان : أحدهما : جنائى، والثانى : مدنى. فمن الناحية الجنائية أصبح نكاح زوجة الأب جريمة، ومن الناحية المدنية ظل النكاح عقدا من العقود. وقد عَدَّت الشريعة نكاح زوجة الأب جريمة، ولكنها لم تجعل للنص أثرا رجعيا حيث قال الله تعالى : ﴿ولاتنكحوا مانكح آباؤكم من النساء إلا ماقد سلف إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا﴾[النساء:٢٢]. فلم يطبق حكم النص إلا على الوقائع التى وقعت بعد نزوله والعلم به، ولكن ترتب على نزول النص التفريق بين الأزواج الذين سبق لهم أن تزوجوا هذه الزيجات المحرمة، فكان للنص أثر رجعى من الناحية المدنية امتد إلى وقت انعقاد العقد، ولم يكن للنص أثر رجعى من الناحية الجنائية، فلم يعاقب أحد ممن فسخت زيجاتهم لقوله تعالى : ﴿إلا ماقد سلف﴾.

وكذلك كان الحال فى تحريم نكاح الأمهات والبنات وغيرهن من المحارم، فقد عدد النص القرآنى المحارم اللائى يحرم نكاحهن ثم قال : ﴿وأن تجمعوا بين الأختين إلا ماقد سلف إن الله كان غفورا رحيما﴾ [النساء:٢٣]. وقد ترتب على نزول آية التحريم التفرقة بين الزوجين فى الزيجات المحرمة، فكان للنص أثر رجعى من الناحية المدنية، ولكن لم يكن للنص أثر رجعى من الناحية الجنائية، فلم يعاقب أحد على هذه الزيجات المحرمة التى تمت قبل نزول النص لقوله تعالى فى آخر الآية : ﴿إلا ماقد سلف﴾.

ومثل ذلك حدث يوم حرم القرآن أن يتزوج الرجل أكثر من أربع نسوة، فقد كان العرب يتزوجون أكثر من أربع فلما نزل قوله تعالى : ﴿فانكحوا ماطاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع﴾ [النساء:٣]، فرق بين الزوج-٣١٩- ومازاد على الأربع، ولم يعاقب زوج على ماحدث منه قبل نزول النص، فكان للنص أثر رجعى من الناحية المدنية، ولكن لم يكن له أثر رجعى من الناحية الجنائية.

[الصدر] تعليق "رقم-٣١٩-": ولم يستثن من هذه القاعدة إلا النبى (ﷺ) لأن نساءه أمهات المؤمنين ولايصح لهن أن يتزوجن أحدا لو فارقهن (ﷺ)، ولكنه (ﷺ) لم يتزوج بعد نزول هذه الآية المحددة لعدد النساء بأى امرأة. فما قيل من أنه (ﷺ) أباح لنفسه تعدد الزواج أكثر من أربع ولم يبحه لسواه لا أصل له، بل أجاز الله له الإبقاء على نسائه لعدم إمكان زواجهن بغيره.

[الشاوى] رأينا فى "تعليق-٣١٩-": يشير السيد الصدر إلى عدم تطبيق نص [الآية:٣]. من سورة النساء على الرسول الكريم . ولكن لانوافقه على إقحام ذلك فى دراستنا الخاصة بالنصوص الجنائية لأن هذا حكم مدنى - وقد أشرنا إلى رأينا فى مناقشتنا للتعليق السابق رقم ٣١٨ .

〈عوده〉 وحرمت الخمر والميسر على مراحل، فنهى المسلمون أن يقربوا الصلاة وهم سكارى بقوله تعالى: ﴿يأيها الذين آمنوا لاتقربوا الصلاة وأنتم سُكارى حتى تعلموا ما تقولون﴾ [النساء:٤٣]. ثم بين الله لهم أن فى الخمر والميسر إثما ومنفعة وأن إثمهما أكبر من نفعهما فقال: ﴿يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس وإثمهما أكبر من نفعهما﴾[البقرة:٢١٩]. ثم حرم الله الخمر والميسر بعد ذلك تحريما قاطعا حيث قال: ﴿إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه﴾ [المائدة:٩٠]. وجعل الرسول حد الشرب الجلد، وعقوبة الميسر التعزير، ولكن لايُعْلَم أن أحدا عوقب على شرب الخمر أو لعب الميسر قبل نزول التحريم. ولايعلم أن نصا من نصوص التحريم كان له أثر رجعى. ومن ثم يمكن القول بأن النصوص التى حرمت الخمر والميسر لم يكن لها أثر رجعى.

وجاءت الشريعة بقطع يد السارق حيث يقول الله جل شأنه: ﴿والسارق والسارقة فأقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله﴾ [المائدة :٣٨]. ولايعلم أن هذا النص طبق على سرقة وقعت قبل نزوله. ومن ثم يمكن القول بأن نص السرقة لم يكن له أثر رجعى.

وحرم الله الربا – وكان مباحا – بقوله تعالى : ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ماسلف وأمره إلى الله ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون﴾ [البقرة : ٢٧٥]. وبقوله: ﴿يأيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا مابقى من الربا إن كنتم مؤمنين * فإن لم تفعلوا فَأْذنوا بحرب من الله ورسوله وإن تبتم فلكم رءوس أموالكم لاتَظْلِمُون ولاتُظْلَمُون﴾[البقرة:٢٧٨،٢٧٩]. فأصبح الربا بعد التحريم جريمة من وجه. وعملا مدنيا من وجه آخر، وجاءت النصوص المحرمة بحكمين: أحدهما: جنائى. والآخر: مدنى. فأما الحكم الجنائى فيقضى بأن لاعقاب على الربا السابق على نزول التحريم. وأن العقاب على مابعده فقط. وأما الحكم المدنى فيقضى بأن ليس للدائن غير رأس ماله فقط. فالحكم الجنائى ليس له أثر رجعى، والحكم المدنى له أثر رجعى يعود إلى الوقت الذى انعقد فيه العقد الربوى.

وحرم الله على المحْرِم قتل الصيد. وجعل على قتله عقوبة، ولكنه عفا عما سلف لينبه على أن النص ليس له أثر رجعى، فقال : ﴿يأيها الذين آمنوا لاتقتلوا الصيد وأنتم حُرُم ومن قتله منكم مُتَعَمِّدا فجزاءٌ مِثْلُ ماقَتَلَ من النَّعَمِ يَحْكُمُ به ذَوَا عدْلٍ منكم هَدْيا بالغ الكعبة أو كفارةٌ طعامُ مَسَاكِينَ أو عَدْلُ ذلك صياما ليذُوقَ وبالَ أمرِهِ عفا الله عَمَّا سَلَف ومن عاد فينتقمُ الله منه والله عزيزٌ ذُو انتِقَام﴾ [المائدة: ٩٥].

عوده هذه هى بعض النصوص الجنائية ظاهر من استعراضها أنها ليس لها أثر رجعي، وهى فى هذا تدلنا على طريقة الشريعة فى التشريع الجنائى، وترشدنا إلى قاعدة الشريعة العامة.

ويستطيع القارئ أن يلاحظ أن بعض النصوص صرحت بالعفو عما سلف أى بانعدام الأثر الرجعي، والبعض الآخر لم يصرح به، وليس لهذا فى ذاته أهمية؛ لأن النص على العفو عما سلف، أى عما حدث قبل نزول النص، يُعَدُّ فى ذاته نصا عاما مقررا لقاعدة عامة-٣٢٠-، ولو أنه جاء ضمن نص خاص، فيطبق إذن على كل النصوص الجنائية لا على الحالات التى اقترن بتحريمها دون غيرها. وهذا التفسير يتفق مع القاعدة الشرعية الأساسية التى تقضى بأنه : "لايكلف شرعا إلا بفعل ممكن، مقدور للمكلّف، معلوم له علما يحمله على امتثاله"-٣٢١- ويتفق مع القاعدة الشرعية الأساسية التى تقضى بأن: "لاحكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص". كما أنه يتفق مع نصوص الشريعة الأكثر عموما، فالله جل شأنه يقول: ﴿وماكنا معذّبين حتى نبعث رسولا﴾ [الإسراء :١٥]. ويقول : ﴿وماأهلكنا من قرية إلا لها منذرون﴾ [الشعراء: ٢٠٨]. ويقول: ﴿وماكان ربك مُهلك القرى حتى يبعث فى أمها رسولا يتلو عليهم آياتنا وماكنا مُهلكى القرى إلا وأهلُها ظالمون﴾ [القصص:٥٩].

ونخرج من هذا كله بأن قاعدة الشريعة العامة فى التشريع الجنائى تقضى بأن هذا التشريع ليس له أثر رجعى، وأن نصوص الشريعة ومبادئها العامة وتاريخ هذه النصوص كل ذلك يقطع بأن لارجعية فى التشريع الجنائى.

الصدر تعليق "رقم-٣٢٠-": كيف يُعَدُّ نصا عاما ياترى بعد أن كان مورده خاصا؟ ولكن لايتوقف عدم الأثر الرجعى على التصريح بالعفو كما عرفت من ظهور الأدلة فى الحكم على مايصدر منه فى المستقبل.

الشاوى رأينا فى "تعليق-٣٢٠-": يشير السيد الصدر بحق إلى أن مبدأ عدم رجعية النصوص الجنائية حكم أصولى عام ولم يكن مبنيا على ماورد فى بعض النصوص من "العفو عما سلف". ولامستمدا من ذلك، ونحن نؤيد ذلك .

الصدر تعليق "رقم-٣٢١-": مر علينا آنفا إمكان التكلف بغير المعلوم مع التمكن من امتثاله .

الشاوى رأينا فى "تعليق-٣٢١-": ماقاله السيد الصدر هو تأكيد وتكرار لما قاله فى التعليق رقم-٣١٦-، وقد أيدناه وقلنا إن العلم مفترض دائما متى قام المجتمع بواجبه فى تعليم أفراده .

ذكر لنا أمثلة كثيرة تؤيد أن المبدأ العام فى التشريع الجنائى الإسلامى أنه ليس لأحكامه أثر رجعى .

أما ما أشار له من وجود آراء تخالف هذا المبدأ فنحن لا نقرها. وقد أشرنا إلى ضرورة ملاحظة أن الأثر الفورى لايجوز الخلط بينه وبين الأثر الرجعى .

كذلك أشرنا إلى ضرورة التفرقة بين الأحكام المدنية والأحكام الجنائية، وأن كثيرا من الأمثلة التى ذكرها خاصة بالمسائل المدنية – بل والتكليفية – وعلاقتها بالتشريع الجنائى ناتجة عن أن تحريم بعض الأفعال يجعلها معاصى دينية وأخلاقية من يوم صدور التحريم لا قبله، وقد جرى على القول بأن جميع المعاصى أو المحرمات تستحق التعزير، لكن بعد صدور الحكم بالتحريم ...

لكن رأينا الذى ما زلنا نذكر به هو أننا فى مرحلة جديدة فى تشريعنا تستوجب التقنين – أى وجود نصوص فقهية مقننة تبين كل جريمة على حدة وعقوبتها – ولذلك فلم يعد من حق قضاتنا (وهم مقلدون) أن يفرضوا عقوبة جنائية إلا على الأفعال التى ينص التقنين أو الفقه على عقوبة جنائية تفرض على مرتكبها .

كما نذكّر برأينا أن مبدأ جواز "التعزير" عن فعل ما لا يجوز عَدُّه دليلا على أنه أصبح جريمة حتما، لأن التعازير كما قدمنا تشمل تدابير تعبدية وتهذيبية ليس من المصلحة وصفها بأنها عقوبات جنائية. إننا حذرنا مما يسير عليه البعض ممن يَعُدُّون كلمة "تعازير" مرادفة لكلمة "عقوبات جنائية"، والصواب فى نظرنا أن بعض التعازير فقط هى عقوبات جنائية وما عداها قد يكون تدابير وقائية أو تعبدية أو تهذيبية أو إرشادية من الوجهة الدينية .

أهم ما ورد فى هذا البند هو أن ما ورد فى بعض النصوص من أن الله "عفا عما سلف" إنما يشير إلى مبدإ عام وقاعدة عامة (ص ب/ **361**) رغم أن نصوصا أخرى لا يرد فيها هذا التحفظ أو هذا النص. ويسرنا إشارته إلى "المبادئ الأساسية والأصول الشرعية" العديدة التى تؤكد هذا المبدأ .. وكذلك الآيات القرآنية..

إن الأسلوب الحكيم فى الفقه يوجب أن نشير إلى ما يربط كل حكم فرعى بأصوله العامة فى القرآن أو السنة أو الأصول الفقهية التى نسميها نحن "نظريات عامة" .

ويسرنا أن يشير إلى أن ذلك كله "يقطع بألا رجعية فىالتشريع الجنائى" .

وهذه العبارة الواردة فىنهاية البند تؤيد رأينا فى تعليقنا على البند التالى الذى نختلف معه فيما ذهب إليه من جواز رجعية بعض الأحكام الجنائية ...

<عوده> ٢٠٦ـ *الاستثناء الأول : جواز الرجعية فى حالة الجرائم الخطيرة التى تمس الأمن العام والنظام العام* : إذا كانت القاعدة العامة فى الشريعة أن لارجعية فى التشريع الجنائى، فإنه يجوز استثناء من تلك القاعدة أن يكون للتشريع الجنائى أثر رجعى فى حالة الجرائم الخطيرة التى تمس الأمن أو النظام العام. ومن الأمثلة على هذا الاستثناء : جرائم القذف والحرابة والظهار-٣٢٢-، فقد طبقت العقوبة فيها على وقائع سابقة على نزول النص.

وفى نص القذف خلاف. فالبعض يرى أنه نزل قبل حادث الإفك، فلما كان هذا الحادث وبرأ الله عائشة منه، طبق النص على القَذَفَة، وعوقبوا بالعقوبة التى يقررها. وإذا صح هذا الرأى لم يكن لنص القذف أثر رجعى، حيث لايعلم أنه طبق على واقعة سابقة على نزوله.

ويرى البعض - ورأيهم هو الراجح - أن النص نزل بمناسبة حادث الإفك-٣٢٣-، فإذا صح هذا الرأى كان لنص القذف أثر رجعى، إذ الثابت الذى لاخلاف فيه أن رسول الله حد القذفة، فكأنه طبق النص على وقائع سابقة على نزوله.

ويمكن أن يعلل الأثر الرجعى للنص بما ترتب على الحادث الذى نزل فيه النص من آثار مهمة، فقد قذف جماعة زوج النبى، وخاضوا فى عرضها؛ وآذوها وآذوا النبى بالإفك الذى قالوا؛ حتى اضطرب المجتمع الإسلامى اضطرابا شديدا؛ وكاد المسلمون يقتتلون. فقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صعد إلى المنبر بعد أن خاض الناس فى هذا الأمر، وقال: "يامعشر المسلمين من يعذرنى فى رجل قد بلغنى أذاه فى أهلى، فوالله ماعلمت على أهلى إلا خيرا، ولقد ذكروا رجلا ما علمت عليه إلا خيرا، وماكان على أهلى إلا معى". فقام سعد بن معاذ الأنصارى فقال: أنا أعذرك منه يارسول الله، إن كان من الأوس ضربنا عنقه، وإن كان من الخزرج أمرتنا فأطعنا أمرك. فقام سعد بن عبادة فقال: - وهو سيد الخزرج - وكان رجلا صالحا ولكن احتملته الحمية : أى سعد بن معاذ، لعمر الله لاتقتله، ولاتقدر على قتله. فقام أسيد بن خضير وهو ابن عمة سعد بن معاذ وقال لسعد بن عبادة: لعمر الله لنقتلنَّهُ، فإنك منافق تجادل عن المنافقين . فتأثر الحيان : الأوس والخزرج حتى هموا أن يقتتلوا ،

[الصدر] تعليق "رقم-٣٢٢-": سيأتى الكلام فى كل من هذه الجرائم الثلاث .

[الصدر] تعليق "رقم-٣٢٣-": لم يثبت ذلك عندنا، والرواية المثبتة له ضعيفة السند. ولو سلمنا اعتبارها فلا يكون للآية أثر رجعى وإنما شمل حد القذف من اتهم أم المؤمنين عائشة لأن المتهمين كانوا متلبسين بجريمة القذف حين نزول الآية ومصرين على قذفهم لها، فلذا لم يعاقب رسول الله (ﷺ) سواهم ممن صدر منه القذف قبل نزول الآية المباركة. وهكذا الكلام فى آيتى الحرابة والظهار .

<عوده> ورسول الله يخفضهم حتى سكتوا[1]. فهذا الحادث الذى أهم المسلمين، وكاد يوقع الفتنة بينهم، والذى أنزل الله فيه قرآنا، هو حادث مهم يمس أمن الجماعة ونظامها، وهو أحق ما يُجعل للنصوص فيه أثر رجعى؛ لأن العقوبة فى مثل هذا الحادث تدعو إلى تهدئة النفوس الثائرة ومحو ماخلفته الجريمة من آثار.

وقد اختلفوا أيضا فى أسباب نزول آية الحرابة، والذى عليه الجمهور أنها نزلت فى العُرَنيين، وهم قوم من عُرَيْنَة، قدموا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فاجْتَوَوْا المدينة، فأمر لهم الرسول بلقاح، وأمرهم أن يشربوا ألبانها وأبوالها، فانطلقوا. فلما صحوا قتلوا الراعى واستاقوا النعم، فأرسل الرسول فى أثرهم فجيء بهم، فأنزل الله تبارك وتعالى فى ذلك قوله : ﴿إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فسادا أن يقتَّلوا أو يصلَّبوا أو تقطَّع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو يُنفَوا من الأرض ذلك لهم خزى فى الدنيا ولهم فى الآخرة عذاب عظيم﴾ [المائدة: ٣٣]. وقيل: إن الآية نزلت فى قوم من أهل الكتاب بينهم وبين الرسول عهد فنقضوا العهد، وقطعوا السبيل وأفسدوا فى الأرض. وروى ابن جرير أن الآية نزلت عتابا للنبى–٣٢٤–؛ لأنه قطع أيدى العرنيين، وتركها دون حسم، وسمل* أعينهم كما سملوا عين الراعى فنزلت الآية تحريما للمثلة [2].

فإذا صحت رواية ابن جرير وكانت الآية قد نزلت بعد عقاب العرنيين فيكون الرسول قد عاقبهم طبقا لقوله تعالى: ﴿وجزاءُ سيئة سيئةٌ مثلها﴾[الشورى:٤٠]. وقوله: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل مااعتدىً عليكم﴾ [البقرة:١٩٤].

الصدر تعليق "رقم–٣٢٤–": لايمكن الاعتماد على هذه الرواية لأنه إن صح أن النبى كان قطع أيدى العرنيين وتركها دون حسم وسمل أعينهم فقد قام بما هو تكليفه قبل نزول الآية المباركة، فكيف يعاتبه ربه ياترى مع أنه ليس فى الآية المباركة مايستفاد منه أى عتاب أو تأنيب؟

الشاوى رأينا فى "التعليقات–٣٢٢– إلى–٣٢٤–": نحن نؤيد تماما كل ماقاله السيد الصدر فى اعتراضاته على قول فقيهنا بأنه وجد استثناء لمبدإ عدم رجعية النصوص الجنائية فيما يتعلق بحد القذف – والحرابة – وقد سبق أن قلنا بأننا نعارض هذا القول، ولانوافق على أى استثناء للمبدإ الأصولى العام بعدم رجعية النصوص الجنائية – لافى جرائم القذف ولا فى غيرها، ولانوافق على ترجيح الروايات التى تؤيد التطبيق الرجعى لبعض الأحكام، ونرى أن فقيهنا لم يكن فى حاجة لترجيح صحتها .

---

(١) تفسير الطبرى جـ ١٨ ص ٥٣، تفسير الألوسى جـ ١٨ ص ٧٩، تفسير الشهاب على البيضاوى جـ ٦ ص ١٥٩ .

(٢) تفسير الطبرى جـ ٦ ص ١١٩، تفسير المنار جـ ٦ ص ٣٠٢، تفسير القرطبى جـ ٦ ص ١٤٨ .

* سَمَلَ العيْن : فقأَها بمسمار أو حديدة مُحْماة .

﴿عوده﴾ وتكون الآية قد نزلت بحكم جديد ثابت لعقاب من يفعل تلك الفعلة. ويترتب على صحة هذه الرواية أن لايكون للنص أثر رجعي؛ لأنه لم يطبق على حالة سبقت نزوله.

وإذا صحت الرواية القائلة: بأنها نزلت لعقاب العُرَنيين، أو الرواية القائلة: بأنها نزلت فى قوم مشركين، فإن الآية تكون قد نزلت بعقوبة فعل سابق عليها، ومن ثم يكون لها أثر رجعي. والجمهور يرجح الرواية القائلة بأن الآية نزلت لعقاب العُرَنيين، وعلى هذا يكون الرأى الراجح أن الآية لها أثر رجعي.

ولاشك فى أن المصلحة العامة هى التى اقتضت أن يكون للنص أثر رجعي، فقد كان حادث العرنيين فظيعا، يوشك لولم يؤخذ أصحابه بعقوبة رادعة أن يجرئ الناس على المسلمين، وعلى النظام الجديد، وأن يشجع على قطع الطريق، وزعزعة الأمن والنظام، فكان لابد من عقاب رادع على هذه الجريمة. ولكن العقاب الرادع يقتضى أن يُجعل للنص أثر رجعي، فجُعل له هذا الأثر حفظا للأمن العام وحماية للجماعة ونظامها، كما جُعل لنص القذف أثر رجعي، لتقطع الألسنة وتهدأ الفتنة وتسكن النفوس الثائرة؛ فحفظ الأمن وحماية الجماعة ونظامها هو الغرض الأول والأخير من جعل الأثر الرجعي للنص الجنائي.

وإذا كان هناك خلاف فى أسباب نزول آية القذف وآية الحرابة، فإنه لاخلاف فى أسباب نزول آية الظهار. وإذا كان الخلاف فى أسباب نزول آية القذف وآية الحرابة مما يدعو إلى الشك فى أن الشريعة تجيز الرجعية فى التشريع الجنائى، فإن الاتفاق على سبب نزول آية الظهار، وعلى أنها طبقت على واقعة سابقة، مما يقطع بأن الشريعة تجيز أن يكون للتشريع الجنائى أثر رجعي. وهذا الذى تقطع به آية الظهار ينهى الخلاف القائم فى آيتى القذف والحرابة لمصلحة القائلين بأن كليهما طبقت على واقعة سابقة عليها، ويؤكد أن هاتين الآيتين كان لهما أثر رجعي.

ولقد كان الظهار[1] فى الجاهلية وفى أول الإسلام طلاقا، أى أنه كان تصرفا يترتب عليه فسخ عقد الزواج وإنهاؤه، ولم يكن يُعَدّ جريمة، حتى ظاهر أوس بن الصامت من زوجته خولة، فقال لها : أنت على كظهر أمي. فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم وعائشة تغسل شق رأسه، فقالت : يارسول الله، طالت صحبتى مع زوجي، وأكل شبابي، ونثرت له بطني، حتى إذا كبر سني، وانقطع ولدى ظاهر مني.

(١) الظهار هو تشبيه الرجل وطء من تحل له من النساء بوطء من تحرم عليه منهن تحريما مؤبدا بنسب أو صهر أو رضاع، وكانت العرب تكنى عن ذلك بالظهر، فيقول الرجل منهم، امرأتى عليَّ كظَهْر أمي، ولذلك سمى ظهارا لأنه مأخوذ من الظهر.

﴿عوده﴾ فقال رسول الله : حرمت عليه. فقالت أشكو إلى الله فاقتى إليه. ثم قالت: يارسول الله، طالت صحبتى مع زوجى، ونفضت له بطنى، وظاهر منى. فقال رسول الله: حرمت عليه. فكلما قال لها ذلك رسول الله هتفت، وصاحت إلى الله أشكو فاقتى. فترل الوحى وقد قامت عائشة رضى الله عنها تغسل شق رأسه الآخر، فأومأت إليها عائشة أن اسكتى. فلما قضى الوحى قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : ادعى لى زوجك، فلما حضر تلا عليه الرسول قول الله تعالى : ﴿قد سمع الله قول التى تجادلك فى زوجها وتشتكى إلى الله والله يسمع تحاوركما إن الله سميع بصير * الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم إن أمهاتُهم إلا اللائى ولدنهم وإنهم ليقولون منكرا من القول وزورا وإن الله لعفو غفور * والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير * فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا ذلك لتؤمنوا بالله ورسوله وتلك حدود الله وللكافرين عذاب أليم﴾ [المجادلة : ١- ٤].

بهذه الآيات التى نزلت فى الظهار أخبر الله تعالى أن لفظ الظهار الذى كانوا يطلّقون به نساءهم منكر من القول وزور، والمنكر من القول هو الذى لاتعرف حقيقته، والزور الكذب. وإنما قال الله فيه إنه كذب؛ لأنهم صيروا به نساءهم كأمهاتهم، وهن لايصرن كأمهاتهم ولا كذوى محارمهم؛ لأن ذوى المحارم لايحللن لمظاهر أبدا. كذلك حرم الظهار وعاقب عليه، فأخرجه بهذا من باب التصرف إلى باب الجريمة، ومن باب المباح إلى باب المعاقب عليه.

ولقد طبقت آية الظهار أول ما طبقت على أوس بن الصامت نفسه، فقد قال له الرسول صلى الله عليه وسلم : أتستطيع أن تصوم شهرين متتابعين ؟ قال: يارسول الله إنى إذا لم آكل فى اليوم ثلاث مرات خشيت أن يعشو بصرى. قال: فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا، فهل تستطيع أن تطعم ستين مسكينا ؟ قال: لا، يارسول الله إلا أن تعينني، فأعانه رسول الله، فأطعم ستين مسكينا، وراجع زوجته[1].

وإذا كانت عقوبة الظهار قد طبقت على أوس بن الصامت عن واقعة حدثت قبل نزول النص، فمعنى ذلك أن آية الظهار لها أثر رجعى.

---

(١) المقدمات لابن راشد جـ ٢ ص ١٤٠، ١٤١.

۞ 206 – لانوافق على رجعية أحكام التشريع الجنائي بحجة خطورة الجريمة :

برغم إطالة فقيهنا فى شرح القول بأن الشريعة أو بالأصح السنة النبوية أجازت أن يكون للتشريع الجنائى أثر رجعى فى حالة الجرائم التى يصفها بأنها خطيرة تمس النظام العام، فإن لنا تحفظا على هذا الرأى لأن مرجعه هو عدم التفرقة بين أحكام العقوبات الجنائية وغيرها من الأحكام الدينية المتعلقة بالعبادات أو الأحوال الشخصية أو القيم الأخلاقية أو السلوكية (مثل الظهار)، أو مرجعه ترجيح أقوال تتعارض مع المبدإ القرآنى بعدم رجعية الجزاءات الجنائية وهو ما لا يجوز بأى حال – كذلك لايجوز تجاهل التفرقة بين بعض تدابير التعازير الوقائية والعقوبات الجنائية ....

نحن نرى أن الذين قالوا بأن رسول الله (ﷺ) قد عاقب القاذفين فى حادث الإفك بعقوبة أُنزلت بعد وقوع الحادث، كان أولى بهم أن يَعُدُّوا أنّ هذه العقوبات إنما طُبقت لأنها داخلة فى باب التعازير، وأن مبدأ التعزير كان سابقا على الآية التى فرضت الحد.. وحق الرسول كقاض أو مشرع فى التعزير يعطى له حق اختيار العقوبة.. وقد سبق أن أكدنا أن التعزير يطبق فى جميع الجرائم، بل هو الأصل حتى فى جرائم الحدود والقصاص..

ومن حسن الحظ أنه أشار إلى أن هناك خلافا فى ذلك. ونحن نرى أن الرأى الذى يقول بأن الآية المقررة للعقوبة كانت سابقة على حديث الإفك هو الذى يؤيد القاعدة العامة، ولذلك نرجحه، ولا نوافق على قوله هو بأنه يرجح الرأى المخالف الذى جعله مبررا للقول بأن العقوبة الحدية طبقت بأثر رجعى .

وقد أشرنا إلى أنه لم يكن فى حاجة لذلك، لأن الجلد عقوبة تعزيرية والفعل منذ وقوعه كان معصية تستحق التعزير، ويمكن القول إنها أصبحت حدّا بعد ورود هذا النص .

إن المبدأ الذى نصر عليه هو أن المعاصى التى يعاقب عليها بالحد أو القصاص الأصل فيها أن عقوبتها تعزيرية، وهذا التعزير جائز منذ ارتكاب الفعل ما دام هو معصية فى أصله يستحق التعزير .

* * *

ما قاله عن العقوبة الحدية فى آية "الحرابة" يستفاد منه وجود آراء مختلفة فى وقت نزول الآية. وكما كان الأمر فى موضوع حد الإفك، فإننا أميل لترجيح الرأى الذى لا يتعارض مع المبدإ العام الذى يقرر عدم رجعية العقوبات الجنائية، برغم أنه قد رجح الرأى الآخر ليؤيد قوله بوجود استثناء يجيز رجعية النصوص الجنائية فى أحوال يصفها بأن المصلحة العامة تستوجب ذلك. ونحن نرى أن ادعاء المصلحة العامة يمكن أن يُتَّخَذَ ذريعة لإهدار هذا المبدإ الأساسى كلية، ولا نعتقد أن الفقه أو الشريعة تفتح

❁ أحكام الظهار تدابير تعبدية، وليست فى نظرنا عقوبات جنائية :

مثل هذا الباب الذى يضيع كل أثر جدى لمبدإ قرره القرآن وأعلنه الخالق سبحانه صراحة فى كتابه الكريم. ونخشى أن يكون الذى أدى به إلى هذا القول هو تأثره بما سار عليه العمل فى العصور "الحديثة"، ولكن أعمالهم ليست حجة فى فقهنا .

* * *

وما قاله بشأن آية الظهار (1 – 4 من سورة المجادلة) معناه عَدُّ الكفارات (مثل تحرير رقبة أو صيام شهرين أو إطعام مساكين) عقوبات جنائية؛ وقد سبق أن قلنا إننا لانوافق على ذلك لأنها فى حقيقتها إجراءات تعبدية أو تدابير تربوية اجتماعية لايجوز فى نظرنا وصفها بأنها "عقوبات جنائية"، ولا وصف الفعل الذى يترتب عليه فرضها بأنه "جريمة" ولو كان خطيئة أو معصية من الوجهة الدينية. وسنرى فيما بعد أننا نرى وجوب التفرقة بين المعاصى الدينية والجرائم والعقوبات الجنائية .

<عوده> ٢٠٧ ـ *الاستثناء الثاني: وجوب الرجعية إذا كان التشريع أصلح للجاني*: إذا صدر نص جنائى أصلح للجانى-٣٢٥- وجب تطبيق هذا النص دون غيره على الجانى، ولو أن الجانى ارتكب جريمته تحت حكم نص أشد عقوبة. ويشترط لتطبيق النص الأصلح للجانى ألا يكون الحكم الصادر على الجانى طبقا للنص القديم قد أصبح نهائيا، فإن كان قد أصبح نهائيا فقد انتهى الأمر به، ولا تعاد محاكمة الجانى طبقا للنص الجديد. والعلة فى تطبيق النص الأصلح أن العقوبة-٣٢٦- مقصود منها منع الجريمة وحماية الجماعة، فهى ضرورة اجتماعية اقتضتها مصلحة الجماعة، وكل ضرورة تقدر بقدرها، فإذا كانت مصلحة الجماعة فى تخفيف العقوبة وجب أن يستفيد الجانى الذى لم يحكم عليه بعد من النص الجديد المخفف للعقوبة؛ لأن حفظ مصلحة الجماعة ليس فى التشديد، ولأنه من العدل ألا تكون العقوبة زائدة عن حاجة الجماعة ما دامت شرعت لحماية الجماعة؛ ولأن العلة تدور مع المعلول وجودا وعدما.

ومن الأمثلة البارزة على هذا الاستثناء جريمة القتل، ذلك أن العرب قبل الإسلام كانت تباين فى الفضل وتعترف بهذا التباين، فإذا كان بينها ما يكون بين الجيران من قتل العمد أو الخطإ عرف لصاحب الفضل فضله، وتباينت الديات بحيث تكون دية الشريف أضعاف دية الرجل دونه. واتسع هذا التباين حتى تعدى الأفراد إلى القبائل، فكانت دية النَّضيرى مثلا ضعف دية القُرَظى، وكان الشريف من العرب إذا قتل لم يقتل قاتله فقط بل قَتل من أشراف قبيلة القاتلَ من يرونه كفء القتيل، وربما لم يرضوا إلا بعدد يقتلونهم. ولقد قتل أحد أفراد قبيلة غنى شاسا بن زهير. فجمع عليهم أبوه زهير بن جذيمة؛ فقالوا له: سل فى قتل شاس فقال: إحدى ثلاث لايغنينى غيرها. قالوا: ماهى؟ قال: تحيون لى شاسا. أو تملئون ردائى من نجوم السماء. أو تدفعون إلى قبيلة بأسرها فأقتلها. ثم لاأرى أنى أخذت منه عوضا. فهذا هو ولى القتيل يرى قبيلة بأسرها لايجزى قتلها فى قتل ولده.

الصدر | تعليق "رقم-٣٢٥-": وجب تطبيق النص المتأخر على الجانى سواء كان أصلح لحاله أم لم يكن، لأن النص المتأخر ينسخ النص المتقدم ويرفع تأثيره فلا يمكن العمل به.

الصدر | تعليق "رقم-٣٢٦-": بل العلة تأخره، ولذا لو كان المتقدم أصلح للجانى لأخذنا بالمتأخر أيضا، فإن النص الجنائى الأول لما لم يطبق على المجرم وصدر النص الثانى وألغى الأول فكان لابد من تطبيق الثانى على جريمته ولكنها كانت تحت نظر النبى (ﷺ) فلا يكون تطبيقها على الموارد التى كان النزاع فيها يدل على أن لها أثرا رجعيا مطلقا بل خصوص الأمور التى لايزال النزاع فيها قائما.

مع أن الحكم بالتفاضل لم يكن حكما إسلاميا، بل إن أول حكم إسلامى هو الحكم القاضى بالتساوى، فلا يكون هذا شاهدا لما فرضه المؤلف وهو وجود نصين المتأخر منهما أصلح للجانى إذ لا نص إسلامى قبل النص الحاكم بالتساوى.

(عوده) ولما قتل كليب بن وائل اقتتلوا دهرا طويلا واعتزلهم بعضهم فأصابوا ابنا له يقال له بجير. فأتاهم وقال : قد عرفتم عزلتى فبجير بكليب، وكفوا عن الحرب. فقالوا: بجير بشسع نعل كليب. فقاتلهم بعد اعتزاله وكان من أشراف القبيلة (١).

وقد جاء الإسلام وبعض العرب يطلب بعضا بدماء وجراح، فمحا حكم الجاهلية، وسوى فى الحكم بين الناس، وذلك قوله تعالى: ﴿أفحكم الجاهلية يبغون ومن أحسن من الله حكما لقوم يوقنون﴾ [المائدة:٥٠]. سوى الإسلام بين دم الشريف والوضيع، وبين دماء الأحرار ودماء العبيد، وبين دماء الرجال والإناث، وذلك قوله تعالى:﴿يأيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى فمن عفى له من أخيه شيء فاتّباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم﴾[البقرة:١٧٨]. وبعد نزول هذا الحكم انتهى التفاضل فى الدماء والجراح والديات، وطبق الحكم على ماسبقه من دماء وجراح لم يحكم فيها بعد، وبهذا كان للنص أثر رجعى.

ويترتب على ما توجبه الشريعة من تطبيق التشريع الأصلح للجانى نتائج منطقية مهمة:

١ - إذا صدر التشريع الجديد قبل الحكم فى الجريمة وكان أصلح للجانى-٣٢٧- حوكم الجانى بمقتضاه ولو أنه ارتكب الجريمة فى ظل التشريع القديم.

٢ - إذا صدر التشريع الجديد بعد الحكم وكان أصلح للمحكوم عليه نفذ من العقوبة-٣٢٨- المحكوم بها مايتفق مع العقوبة التى يقررها التشريع الجديد.

(الصدر) تعليق "رقم-٣٢٧-": بل ولم يكن أصلح كما مر عليك سابقا.

(الشاوى) رأينا فى "التعليقات أرقام-٣٢٥- إلى -٣٢٧-": (على البندين٢٠٧ و٢٠٨)يؤيد وجهة نظرنا فى أن النصوص المقررة لعقوبات جنائية كلها ذات طبيعة استثنائية فى شريعتنا، ولذلك فإن صدور نص يلغيها أو يخففها يكون له أثر فورى إذ لايمكن تنفيذ نص استثنائى بعد إلغائه، فالنص الأصلح للمتهم له أثر فورى وليس رجعيا فى نظرنا، والسيد الصدر يقول بذلك - إلا أننا لانوافق على مايفهم من قوله إن كل نص جديد يطبق حتى ولو كان يشدد العقوبة.

(الصدر) تعليق "رقم-٣٢٨-": بل تنفذ جميعها لأن ظاهر التشريع الجديد اختصاص بمن يحاكم ابتداء أو تستمر محاكمته بعد تشريعه إلا مع النص على عدم الاختصاص، كما أن التشريع الجديد لايكون مانعا من تنفيذ الحكم الصادر على وفق التشريع القديم ولايوجب توقف تنفيذه إلا مع النص على ذلك.

(الشاوى) رأينا فى "تعليق-٣٢٨-": لانوافق على اعتراضه على قول فقيهنا فيما يتعلق بتخفيف العقوبة المحكوم بها تنفيذا لنص جديد أصلح للمتهم صدر بعد الحكم عليه طبقا لنص سابق عقوبته أشد.

---

(١) الأم جـ ٦ ص ٧، تفسير القرطبى جـ ٢ ص ٢٤٤.

﴿عوده﴾ ٣ - إذا كان التشريع الجديد بعد الحكم وكان يبيح الفعل ولايعاقب عليه،فيجب ألاّ ينفذ الحكم الذى صدر طبقا للتشريع القديم؛ كما يجب أن يوقف تنفيذه إذا كان قد بدئ فى تنفيذه.

٤ - إذا كان التشريع الجديد يشدِّد العقوبة فلاينطبق على الجانى؛ لأنه ليس الأصلح له، ولأن الأصل أن الجرائم يعاقب عليها طبقا للنصوص السارية وقت ارتكابها.

٢٠٨ ـ *الشريعة والقانون* : بينا فيما سبق المبادئ التى تسير عليها الشريعة الإسلامية فى سريان النصوص على الزمان، وهذه المبادئ هى نفس المبادئ التى تأخذ بها القوانين الوضعية اليوم. ولكن القوانين الوضعية لم تأخذ بهذه المبادئ إلا أخيرا، فقد كانت القاعدة فى القوانين الوضعية قديما أن يكون للشارع الحق فى أن يجعل لأى قانون جنائى أثرا رجعيا، ولم يكن حقه فى ذلك مقيدا بأى قيد. فلما جاءت الثورة الفرنسية ألغى هذا الحق، ولم يعد للشارع أن يصدر قوانين جنائية لها أثر رجعى. وقد ظل هذا المبدأ محترما من عهد الثورة الفرنسية إلى أن بدأ علماء القانون والمشرعون يخرجون عليه فى أواخر القرن الماضى وأوائل القرن الحالى، حيث تبين لهم أن التقييد المطلق ضار بمصالح الجماعة، وإن كان متفقا مع صالح الفرد، ورأوا أن صالح الجماعة يجب أن يرجح على الصالح الفردى، بحيث إذا اقتضى صالح الجماعة أن يُجعل للقانون أثر رجعى كان للشارع هذا الحق. وممن يرى هذا الرأى الشراح الإيطاليون، فإنهم يرون قبول الأثر الرجعى للقوانين التى تنشئ عقوبات أشد لأمور كانت جرائم من قبل؛ لأن حق المجتمع يعلو على مصلحة المجرم. ويرى الشراح الإنجليز أن الأثر الرجعى للعقوبة المشددة أمر معقول، وقد جعل المشرع المصرى والمشرع الفرنسى للقانون أثرا رجعيا فى قوانين معتادى الإجرام والاشتباه[١] .

وظاهر مما سبق أن المبدأ الحديث الذى يراه الشراح ويأخذ به المشرعون هو أن المشرع ليس له فى الأصل، أن يجعل للقانون أثرا رجعيا، ولكن له استثناء أن يمارس هذا الحق كلما اقتضته المصلحة العامة، وهذه هى نفس النظرية الإسلامية.

وعلى أثر انتهاء الحرب الأخيرة فى سنة ١٩٤٥، حاكمت الدول المنتصرة زعماء الدول المغلوبة وقوادها وحكامها، وحكمت عليهم بعقوبات تتراوح بين الإعدام والأشغال

---

(١) القانون الجنائى لعلى بدوى ص ١١٦،١١٧، الموسوعة الجنائية جـ ٥ ص ٥٦٨ ومابعدها.

〈عوده〉 الشاقة والسجن، وكان موضوع المحاكمة أفعالا لم تكن تُعَدُّ جرائم لا فى قوانين البلاد المنتصرة أو المنهزمة ولا فى القانون الدولى، ولم يكن يعاقب عليها من قبل. وهذه المحاكمة التاريخية تطبيق واسع لنظرية رجعية القوانين لم يسبق له مثيل.

أما عن تطبيق التشريع الأصلح للمتهم على ماسبقه من الجرائم، فهى قاعدة معترف بها فى كل القوانين الوضعية تقريبا، وإن كانت القوانين لم تعرف هذه القاعدة إلا فى القرن الماضى.

وهكذا نستطيع أن نقول بعد هذه المقارنة : إن القوانين الوضعية بدأت من القرن الماضى تأخذ بنظرية الشريعة الإسلامية فى الأثر الرجعى للتشريع الجنائى، وإن ما نَعُدُّه اليوم أحدث الآراء والنظريات فى القوانين الوضعية ليس إلا تطبيقا دقيقا للنظرية التى جاءت بها الشريعة الإسلامية من ثلاثة عشر قرنا.

207 ، 208 – التطبيق الفورى للقانون الأصلح للمتهم :

هناك مبدأ مسلم به – وهو أن كل قانون لاحق يُعَدّ أفضل مما سبقه؛ وإلا لما كان لصدوره أى مسوّغ. وهذا المبدأ هو أساس نظرية النسخ التى تحدثنا عنها فيما سبق. ونسخ القاعدة السابقة يستلزم إزالة جميع آثارها بما فى ذلك الحكم الجنائى الصادر بناء عليها، وأن يكون ذلك من يوم صدور النص الجديد، فيمكن القول بأن هذا ليس استثناء وإنما هو تطبيق لقاعدة الأثر الفورى الذى فرقنا بينه وبين الأثر الرجعى، دفاعا عن أن مبدأ عدم الرجعية هو قاعدة أصولية لاتقبل الاستثناء فى نظرنا فيما عدا تطبيق القانون الجديد الأصلح للمتهم، أما إذا كان أشد فيطبق عليه المبدأ العام وهو عدم تطبيقه بأثر رجعى .

وما قاله عن عقاب مجرمي الحرب يمكن تسويغه بأن جميع الأعمال الحربية هى فى الأصل جرائم عدوان على الأفراد سواء كانوا مقاتلين أو مدنيين؛ وقد استثنيت من تطبيق العقوبات الجنائية لأن حالة الحرب المشروعة إنما أباحتها (دفاعا عن النفس)؛ ولذلك فإن من المنطقى ألا يعترف بهذه الإباحة فى حالة الحرب العدوانية لأن المعتدى لا يحق له التمسك بحالة الدفاع الشرعى؛ فالأمر فى نظرنا ليس مجرد إنشاء عقوبة أو جريمة جديدة كما يتصور البعض بل هو فى نظرنا مجرد تحديد نطاق للقاعدة التى تبيح بعض الجرائم فى أثناء الحرب بقصر هذه الإباحة على مقتضيات الحرب المشروعة بناء على أنها دفاع شرعى وليست عدوانا، وتطبيق قانون العقوبات العادى على تلك الأفعال فى حالة الحرب العدوانية بحسبانها جرائم عادية وأنها لاتنطبق عليها أسباب الإباحة، وعلى ذلك فإن قوله إن تلك الأفعال لم يكن معاقبا عليها وقت وقوعها يمكن التحفظ عليه .

لخشى أن يكون فقيهنا قد تأثر بما يُقال عن اتجاه حديث فى القوانين الوضعية وأشار إليه بعض الشُّراح "الإيطاليين أو الإنجليز"، ومسايرته بعض أحكام القانون المصرى مثل قانون الاشتباه ومعتادى الإجرام؛ أو القانون الدولى فيما يسمونه جرائم الحرب، ولكنا لانرى ذلك وليس من حقنا أن ننسب إلى الشريعة أنها سبقتهم إلى هذا الاستثناء. بل إننا نرى أن الشريعة والالتزام بمبادئها الأصولية يغنينا عن الجرى وراء مثل هذه المحدثات الوضعية التى استخدمتها الأهواء والمطامع السياسية؛ وخاصة إذا كان النص القرآنى صريحا مثل قوله تعالى: ﴿وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا﴾ – فما لايجوز لخالق الكون لايمكن أن نجيزه للبشر .

الخلاصة أن مبدأ عدم رجعية العقوبات الجنائية يجب أن يلتزم به بعَدِّه مبدأ عامّا مطلقا، وأن ما يعدّه البعض استثناء عليه يرجع إلى وجوب مراعاة آثار مبادئ عامة أخرى لها أهميتها ويكون مفعولها موجبا لوضع حد لنطاق تطبيق هذا المبدإ. فهى ليست فى نظرنا استثناءات عليه بل حالات تستوجبها مبادئ شرعية أو قواعد أخرى يجب احترامها.

الفصل الثالث
فى سريان النصوص الجنائية على المكان

<عوده> ٢٠٩ - *هل الشريعة عالمية أم إقليمية* ؟ : الأصل فى الشريعة الإسلامية أنها شريعة عالمية لامكانية، جاءت للعالم كله لا لجزء منه، وللناس جميعا لا لبعضهم؛ فهى شريعة الكافة لايختص بها قوم دون قوم، ولا جنس دون جنس، ولاقارة دون قارة. وهى شريعة العالم كله، يخاطب بها المسلم وغير المسلم، وساكن البلاد الإسلامية. وساكن البلاد غير الإسلامية، لكن لما كان الناس جميعا لايؤمنون بها، ولايمكن فرضها عليهم فرضا، فقد قضت ظروف الإمكان ألاّ تطبق الشريعة إلا على البلاد التى يدخلها سلطان المسلمين دون غيرها من البلاد. وهكذا أصبح تطبيق الشريعة الإسلامية مرتبطا بسلطان المسلمين وقوتهم؛ فكلما اتسعت الأقاليم التى يتسلط عليها المسلمون اتسع نطاق تطبيق الشريعة، وكلما انكمش سلطانهم انكمشت الحدود التى تطبق فيها الشريعة. فالظروف والضرورة هى التى جعلت من الشريعة الإسلامية شريعة إقليمية وإن كانت الشريعة فى أساسها شريعة عالمية، ولهذا نستطيع أن نقول : إن الشريعة الإسلامية فى أساسها شريعة عالمية إذا نظرنا إليها من الوجهة العلمية، ولكنها فى تطبيقها شريعة إقليمية إذا نظرنا إليها من الوجهة العملية.

٢١٠- *تقسيم العالم* : وقد نظر الفقهاء إلى هذا الاعتبار حين قسموا العالم كله إلى قسمين لاثالث لهما : الأول يشمل كل بلاد الإسلام، ويسمى دار الإسلام، والثانى يشمل كل البلاد الأخرى، ويسمى دار الحرب؛ لأن القسم الأول يجب فيه تطبيق الشريعة الإسلامية، أما القسم الثانى فلا يجب فيه تطبيقها-٣٢٩- لعدم إمكان هذا التطبيق.

الصدر تعليق "رقم-٣٢٩-": عدم إمكان التطبيق حال كونها دار حرب لايمنع من وجوب التطبيق مع إمكان جعلها من بلاد الإسلام. فالواجب جعل جميع بلاد العالم بلادا إسلامية وتطبق فيها أحكامه.

الشاوى رأينا فى "تعليق-٣٢٩-": مجرد افتراض لامحل له فى نظرنا.

۞ 209 ، 210 سيادة الشريعة فى البلاد التي تلتزم بها – والعالم كله أصبح دار عهد فى عصرنا :

إن فقيهنا يستعمل بعض العبارات التى جرى على استعمالها بعض الفقهاء المتأخرين الذين قالوا إن الأحكام الجنائية الشرعية واجبة التطبيق فى البلاد "التى تخضع لسلطان المسلمين"[1] ... فى حين أننا نفضل القول بأنها البلاد التى تطبق الشريعة وتخضع لسيادتها، وهذا التعريف أكثر مرونة ودقة فى نظرنا؛ لأن بعض بلاد المسلمين الآن أصبحت تتنكر لسيادة الشريعة ولاتلتزم السلطات فيها بأحكامها ....

* * *

إننى لاأوافق على القول بأن العالم يشمل قسمين لاثالث لهما[2] "دار الإسلام ودار الحرب". وهذا قول – كما قدمنا سابقا – يتجاهل القسم الثالث وهو "دار العهد" الذى يشمل البلاد غير الإسلامية التى يكون بينها وبين المسلمين عهود مسالمة؛ وهذا القسم أصبح الآن يضم جميع بلاد العالم التى تعاهد معها المسلمون بعهود جماعية مثل ميثاق الأمم المتحدة فضلا عن العهود الثنائية وخاصة فيما يتعلق بالتمثيل السياسى والاتفاقات الإقليمية والتجارية وما إليها ...

إذا كان التقسيم ثنائيا فإن المنطق يوجب أن يكون المقابل لدار الحرب دار السلم التى تشمل كل البلاد المسالمة للأمة الإسلامية، وهى تضم حاليا جميع دول العالم التى لاتوجد فى حالة حرب مع المسلمين .

إن تجاهل هذا القسم المهم قد أدى بالبعض إلى تطبيق ما قاله فقهاؤنا عن دار الحرب على العالم غير الإسلامى كله مما يتناقض مع الوضع الحالى؛ إذ أصبح كثير من المسلمين يجدون من الأمن والأمان وحسن المعاملة فى بعض البلاد الأجنبية التى يلجئون إليها ويجدون فى قوانينها الوضعية ما هو أقرب لمبادئ شريعتنا من القوانين الوضعية التى تفرضها سلطات الجور وحكام البغى فى بعض بلاد المسلمين التى تعلن صراحة أنها لاتلتزم بأحكام شريعتنا .

---

(1) البند 209 .

(2) البند 210 .

〈عوده〉 ٤١١- *دار الإسلام* : تشمل دار الإسلام البلاد التى تظهر فيها أحكام الإسلام(١) أو يستطيع سكانها المسلمون أن يظهروا فيها أحكام الإسلام.(٢) فيدخل فى دار الإسلام كل بلد سكانه كلهم أو أغلبهم مسلمون، وكل بلد يتسلط عليه المسلمون ويحكمونه ولو كانت غالبية السكان غير المسلمين، ويدخل فى دار الإسلام كل بلد يحكمه ويتسلط عليه غير المسلمين مادام فيه سكان مسلمون يظهرون أحكام الإسلام، أو لايوجد لديهم مايمنعهم من إظهار أحكام الإسلام.

وسكان دار الإسلام نوعان : مسلمون، وهم كل من آمن بالدين الإسلامى وذمِّيون، وهم غير المسلمين الذين يلتزمون أحكام الإسلام، ويقيمون إقامة دائمة فى دار الإسلام، بغض النظر عن معتقداتهم الدينية. فيصح أن يكونوا مسيحيين ويصح أن يكونوا يهودا، ويصح أن يكونوا مجوسا أو صابئة، أو عباد مااستحسن أو ممن لايدينون بدين-٣٣٠- .

وسكان دار الإسلام جميعا مسلمين وذميين معصومو الدم والمال؛ لأن العصمة(٣) فى الشريعة تكون بأحد شيئين : الإيمان، والأمان. ومعنى الإيمان الإسلام، ومعنى الأمان العهد،ويكون بعقد الذمة، وبالموادعة والهدنة، وما أشبه. فمن آمن برسالة محمد أى : أسلم فقد عصم دمه وماله بالإسلام، لقوله عليه السلام: "أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله محمد رسول الله، فإذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم إلا بحقها". ومن دخل فى أمان المسلمين بعقد من عقود الأمان فقد عصم دمه وماله بالأمان، ولو بقى على غير دين الإسلام-٣٣١-. فسكان دار الإسلام من المسلمين معصومو الدم والمال بإسلامهم، وسكان دار الإسلام من الذميين معصومو الدم والمال بأمانهم(٤).

[الصدر] تعليق "رقم-٣٣٠-": الرأى السائد بين فقهاء المذهب الجعفرى هو اختصاص أخذ الجزية بأهل الكتاب، ولايباح لغيرهم السكنى فى بلاد المسلمين ولو مع دفع الجزية.

[الصدر] تعليق "رقم-٣٣١- ":ولكن لايسمح له بالبقاء الدائمى، إذ لايجوز لغير المسلم السكنى فى بلاد المسلمين إلا الكتابيين إذا التزموا بشروط الذمة والتزموا بشرائطها، وإنما يحق لآحاد المسلمين إعطاء أمان مؤقت لا أمان دائمى يبيح الإقامة فى البلاد الإسلامية. وهذا الأمان المؤقت هو الأمان المذكور فى القرآن الكريم فى قوله تعالى: ﴿وإن أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مأمنه ذلك بأنهم قوم لايعلمون﴾[التوبة : ٦]. =

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٣٠.

(٢) أسنى المطالب جـ ٤ ص ٢٠٤.

(٣) العصمة معناها :عدم الإباحة، فمن كان معصوم الدم والمال فهو غير مباح الدم والمال.

(٤) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٠٢، مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٣١، أسنى المطالب جـ ٤ ص ٢١٨، الشرح الكبير جـ ١٠ ص ٦٣٠.

عوده: والأمان فى الشريعة الإسلامية على نوعين:(١) أمان مؤقت، وأمان مؤبد. فالأمان المؤقت ما كان محدودا بأجل كالمهادنة، وكالإذن بدخول دار الإسلام لأجل معين. والأمان المؤبد هو ما ليس له أجل ينتهى به، ولايكون إلا بعقد الذمة، ولايتمتع به إلا الذمِّيون-٣٣٢- الذين يقيمون إقامة دائمة بأرض الإسلام، وعليهم فى مقابل هذا الأمان الدائم التزام أحكام الإسلام (٢) -٣٣٣- .

= وأما الأخبار الدالة على أن لآحاد المسلمين إعطاء الأمان فالمراد منها هو الأمان المؤقت، وهى ظاهرة فى ذلك، وإن لم تكن ظاهرة فى ذلك فهى مجملة وتفسيرها الآية المباركة وتكشف عن اختصاصها بالأمان المؤقت الذى هو المتيقن منها.

الشاوى: رأينا فى "التعليقين-٣٣٠-،-٣٣١-": سبق اعتراضنا على قوله بأن أهل الأديان الأخرى غير اليهود والنصارى لايجوز إقامتهم فى دار الإسلام ... وأشرنا إلى ماقرره دستور الجمهورية الإسلامية الإيرانية بشأن الزرادشتيين.

الصدر: تعليق "رقم-٣٣٢- الذميون الذين يؤخذ منهم الجزية هم أهل الكتاب من اليهود والنصارى. وقد اختلفت آراء المذهب الجعفرى فى المجوس وهل يصح أخذ الجزية منهم أو لايصح ولايقرون على دينهم، والمشهور كونهم من أهل الذمة،ويستندون فى ذلك إلى الخبر المروى عن الإمام أمير المؤمنين على (ع) أنه كان لهم كتاب أحرقوه ونبى قتلوه.

الشاوى: رأينا فى "التعليق-٣٣٢-": نؤيد قوله بشأن المجوس. أما القول بأن غير المسلم (وغير العربى) أى الأجنبى غير المواطن، لايحق له الإقامة فى دار الإسلام إلا بصفة مؤقتة، فلا نوافق عليه، لأن مثل هذه المسائل يحكمها مبدأ المعاملة بالمثل وتنظمها المعاهدات الدولية. ولذلك يجب التمييز بين المعاهد وغيره، فليس كل الأجانب محاربين كما يفهم من قوله.

فإذا كان هناك بلد أجنبى يسمح لمواطنينا بالإقامة الدائمة أو كانت هناك معاهدات أو أعراف دولية تبيح لغير المواطنين الإقامة فى دولة ما، فلانرى مانعا شرعيا من أن تسمح دولنا لمواطنيها الأجانب بالإقامة الدائمة – كل ماهنالك أن للدولة فى كل وقت أن تطرد الأجنبى من بلادها إذا كان وجوده يسبب لها ضررا. فالأمر يرجع لمصلحة الدولة ...

الصدر: تعليق "رقم-٣٣٣-": لايلزم الذمي بكل أحكام الإسلام، وإنما يلزم بعدم التعرض للمسلمين نفسا ومالا وعرضا وعقيدة، وألاّ يعين عدوهم عليهم ولا يكون عينا عليهم ولايؤوى فى بيته عينا لخصومهم ولا يتجاهر بالمسكرات ولابقية المحرمات فى شرع الإسلام كشرب الخمر وأكل لحم الخنزير وأكل الربا والزواج بالمحارم. =

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٠٦، أسنى المطالب جـ ٤ ص ٢١٠، مواهب الجليل جـ ٣ ص ٣٦٠، ٣٦٤، ٣٨٠ ومابعدها، المغنى جـ ١٠ ص ٥٧٨.

(٢) لايلزم الذمى بكل أحكام الإسلام، وإنما يلزم فقط بما لايتعارض مع معتقده الدينى، فيؤخذ بأحكام الإسلام فى ضمان النفس والمال والعرض، وتقام الحدود عليهم فيما يعتقدون تحريمه كالسرقة دون مايعتقدون حله كشرب الخمر (راجع الشرح الكبير جـ ١٠ ص ٦١١، وبدائع الصنائع جـ ٧ ص ١١١ ومابعدها).

= [الشاوى] رأينا فى "التعليق-٣٣٣-": لانوافق على قول السيد الصدر باعتراضه على ماقاله فقيهنا بشأن التزام المقيمين فى دار الإسلام بشريعته، لأنه إذا كانت هناك استثناءات لصالحهم فهى مقررة فى الشريعة ولايتعارض تطبيقها عليهم مع مبدإ التزامهم بها، بل هو تطبيق كامل لها.

يجب أن نلاحظ أن دخول الأجنبى فى أمان المسلمين لم يعد أمرا استثنائيا، أو فرديا، بل إنه يجب التفرقة بين المعاهدين والمحاربين. والأصل الآن فى جميع أنحاء العالم أن هناك معاهدات جماعية أو ثنائية تنظم هذه الأمور، وطبقا لهذه المعاهدات يكون جميع المعاهدين مستأمنين من حيث المبدأ، طالما حصل على الإذن بالدخول (التأشيرة) - كل ماهنالك أنه يلتزم بالشروط التى تفرضها التأشيرة التى حصل عليها.

أما مايسمى الحربى فهو من كانت دولته فى حالة حرب فعلية مع دولتنا.... وليس كل أجنبى أو غير مسلم حربيا فى عصرنا الحاضر لأن الحرب حالة استثنائية مؤقتة بين الدول.

۞ 211 – دار الإسلام هل تشمل بلاد المسلمين التى لا تطبق فيها الشريعة أم تقتصر على التى تلتزم بها :

يسرنا أنه استشهد بأقوال الفقهاء الذين وصفوا دار الإسلام بأنها هى التى تظهر فيها أحكام الشريعة أو يستطيع سكانها المسلمون أن يظهروا فيها أحكام الإسلام[1]، فلا يصح أن تُوصف الدول بأنها إسلامية إذا كانت سلطاتها المسيطرة عليها تعلن تنكرها للشريعة أو تَعُدّ المطالبة بها حركات معارضة محظورة يُضطهد من يعلنها أو يتمسك بها، ولايكفى الاعتماد على أن أغلب سكانها مسلمون .

ويؤيد رأينا أنه عاد إلى تعريف دار الإسلام بأنها دار أمن وسلام للمسلمين.[2] وأظن أنه لو عاش معنا للآن لوجد أن أمثاله من دعاة الإسلام لايشعرون بأى أمن "فى بعض بلاد المسلمين" ويضطرون للهجرة منها إلى بلاد العهد التى تؤويهم وتوافر لهم أمنا أكثر مما يجدونه فى بعض الدول التى يكون سكانها كلهم أو أغلبهم مسلمين أو التى تعلن أن دينها هو الإسلام ويخشون أن يصيبهم فيها ما أصابه هو من بغى وظلم وقتل بدون مسوغ.

كما أنه وصف دار الإسلام وصفا دقيقا عندما قال: إنها البلاد التى يسكنها مسلمون يستطيعون أن يظهروا أحكام الإسلام[3] ولايمنعهم من ذلك مانع. وقد يفهم من ذلك أن بلاد المسلمين التى لاتطبق فيها أحكام الشريعة أو يحرم فيها المطالبة بذلك، لايصح وصفها بأنها دار الإسلام .

وقد انتقدنا القول بأن على الأفراد واجب إقامة الحدود إذا لم تقم بذلك الحكومات[4]، والأصح القول بأن عليهم أن يغيروا الحكومات التى تتنكر للشريعة فى حدود إمكاناتهم؛ وأن يتولى الفقهاء إرشادهم إلى الطريق الصحيح لذلك، وهو الدعوة بالحكمة والموعظة الحسنة، ويتحملون فى سبيل ذلك ما يفرضه عليهم حكام السوء من قمع واضطهاد بدلا من مطالبتهم الأفراد بإقامة الحدود بدون قضاء إسلامى مستقل يتولى ذلك فى محاكمات عادلة.

لاشك فى أنه ضحى بحياته فى هذا السبيل الذى يدعو لتطبيق الشريعة؛ ونعترف له بأنه لم يسر فى طريق مشاركة المستبدين وممالأتهم كما يفعل بعض "فقهاء السلاطين" فى كل زمان ومكان، ويشارك فيه السلبيون الذين يستسلمون للبغى الذى تمارسه قوى أجنبية أو حكومات وطنية أو محلية مستبدة .

إننا نرى أن الشريعة تُحرِّم الإستسلام لحكام الجور والبغى، لأن استسلامهم يشجع الظالمين على مواصلة البغى والظلم والتمادى فيه وزيادته. كما أننا لانرى أن علاج هذه الحال يكون بقيام الأفراد بتنفيذ الحدود دون وجود قضاء شرعى مستقل يلتزم باجراء محاكمات عادلة نزيهة.

---

(1) البند (211) .

(2) البند (211) والبند (218) .

(3) بداية البند (220) .

(4) نهاية البند (218).

عوده ٢١٢ - *دار الحرب* : وتشمل دار الحرب كل البلاد غير الإسلامية التى لاتدخل تحت سلطان المسلمين. أو لاتظهر فيها أحكام الإسلام، سواء كانت هذه البلاد تحكمها دولة واحدة أو تحكمها دول متعددة، ويستوى أن يكون بين سكانها المقيمين بها إقامة دائمة مسلمون أو لايكون، مادام المسلمون عاجزين عن إظهار أحكام الإسلام.

وسكان دار الحرب على نوعين : فهم إما حربيون وإما مسلمون :

فالحربيون هم سكان دار الحرب الذين لايدينون بالإسلام، ويقال لأحدهم حربى. والحربيون غير معصومين، فدماؤهم وأموالهم مباحة مالم يكن بينهم وبين دار الإسلام عهد أو هدنة؛ لأن العصمة فى الشريعة لاتكون كما قلنا إلا بأحد شيئين: بالإيمان أو الأمان.

وليس للحربيين إذا لم يكن بينهم وبين دار الإسلام عهد، أن يدخلوا دار الإسلام، فإذا دخلها أحدهم فهو مباح الدم والمال، ويجوز قتله ومصادرة ماله، كما يجوز أسره والعفو عنه.

وإذا دخل الحربى دار الإسلام بإذن أو أمان خاص أو بناء على عهد فهو مستأمن، والمستأمن يعصم دمه وماله عصمة مؤقتة؛ لأن أمانه مؤقت لا دائم. وله أن يقيم فى دار الإسلام المدة التى يستأمن فيها معصوم الدم والمال. فإذا انتهى أمانه عاد حربيا كما كان مهدر النفس والمال إذا ترك دار الإسلام، أما إذا بقى فيها مختارا فيرى البعض أنه يصبح حربيا-٣٣٤-، ويرى البعض أنه يصبح ذميا-٣٣٥- باختياره البقاء فى دار الإسلام، ويصير معصوما عصمة مؤبدة.

الصدر تعليق "رقم-٣٣٤-": وهو الرأى الراجح عندنا، إذ ليس الحربى إلا من لم يكن مسلما ولاذميا ولم يدخل فى أمان المسلمين. ومن البديهى كون الحربى الباقى فى بلاد المسلمين تجتمع فيه الأوصاف الثلاثة.

الشاوى رأينا فى "التعليق-٣٣٤-": يفتح باب التوسع فى صفة الحربيين لتشمل جميع الأجانب، وفى فكرة الإهدار بالمعنى الذى انتقدناه، وهو اتجاه يتعارض مع رأينا بشأن زوال صفة المحاربين فى العصر الحاضر، إذ أصبح العالم كله معاهدا وماقلناه مرارا من أن الإهدار لا يعنى استباحة دم إنسان لكل من هب ودب.

الصدر تعليق "رقم-٣٣٥-": مر علينا قريبا أن غير الكتابى لايكون ذميّا وأن الكتابى إنما يكون ذميا إذا التزم بشرائط الذمة، وليس مجرد السكنى فى بلاد المسلمين سببا لصيرورة الإنسان ذميا كما مرت الإشارة إلى ذلك قريبا.

الشاوى رأينا فى "تعليق-٣٣٥-": يكرر ماانتقدناه فى تعليقاتنا السابقة ... فالذمة مواطنة كاملة للفرد فى الدولة التى يحمل جنسيتها، لأنها علاقة سياسية بين الفرد والدولة التى ينتسب إليها بصرف النظر عن ديانته.

(عوده) أما المسلم الذى يسكن دار الحرب ولم يهاجر إلى دار الإسلام أصلا، فهو عند مالك والشافعي وأحمد كأى مسلم من أهل دار الإسلام، يعصم إسلامه دمه وماله-٣٣٦-، ولو أنه مقيم فى دار الحرب ومهما طالت إقامته، وإذا أراد دخول دار الإسلام لايمنع منها. بينما يرى أبو حنيفة أن المسلم المقيم فى دار الحرب ولم يهاجر إلى دار الإسلام غير معصوم بمجرد إسلامه؛ لأن العصمة عند أبى حنيفة ليست بالإسلام وحده وإنما يعصم المسلم عنده بعصمة الدار ومنعة الإسلام المستمدة من قوة المسلمين وجماعتهم، والمسلم فى دار الحرب لامنعة له ولا قوة فلا عصمة له، ولكن له أن يدخل دار الإسلام فى أى وقت فإذا دخلها استفاد العصمة(١).

وكما يُعَدّ الحربى مباح الدم إذا دخل (دار الإسلام) دون إذن، فكذلك يُعَدُّ المسلم والذمى مباحي الدم للحربيين إذا دخل كلاهما دار الحرب دون إذن أو أمان، فإذا دخل بإذن أو أمان سمى كلاهما مستأمنا على أن تكون إقامته مؤقتة، وله أن يرجع إلى دار الإسلام فى أى وقت شاء. فإذا رأى المسلم أن يبقى بصفة دائمة فى دار الحرب فذلك لايغير من أمره شيئا مادام باقيا على إسلامه، فإن خرج عن إسلامه سار حربيا، وإذا أراد الذمى أن يقيم إقامة دائمة فى دار الحرب انقلب حربيا.

وإذا تزوج المسلم أو الذمى حربية أو مستأمنة فإنها تصبح بالزواج ذمية-٣٣٧-. أما إذا تزوج الحربى المستأمن من ذمية فإنها لاتصبح بزواجه حربية، كما أنه لايصبح ذميا بزواجها على الرأى الراجح، وإذا تزوج المستأمن مستأمنة ثم أصبح ذميا أصبحت مثله ذمية(٢) -٣٣٨-.

(الصدر) تعليق "رقم-٣٣٦-": وهو الرأى الراجح عندنا، فإن السكنى فى دار الحرب لايخرجه عن الإسلام الموجب للعصمة.

(الصدر) تعليق "رقم-٣٣٧- إذا التزمت بشرائط الذمة.

(الصدر) تعليق "رقم-٣٣٨- إذا التزمت بشرائط الذمة.

(الشاوى) رأينا فى "التعليقات-٣٣٦-، -٣٣٧-، -٣٣٨-": أشرنا من قبل إلى أن العصمة حق إنسانى لجميع البشر- فلا نوافق على مايفهم فى التعليق ولا فى المتن من أن العصمة خاصة بالمسلمين أو الذميين.

لقد سبق أن قلنا بأن صفة الإنسانية توجب العصمة بذاتها ولايجوز ربطها بالاعتبارات العقيدية أو المكانية، ولذلك لانوافق على ماقاله فى التعليق رقم ٣٣٦ من أن الإسلام وحده هو الموجب للعصمة، كما لم نوافق على مانسبه فقيهنا لأبى حنيفة من أن العصمة، سببها الدار (أى الموطن) ولا ماقاله عن تأثير الزواج وأقره السيد الصدر فى التعليقين رقم ٣٣٧ و٣٣٨.

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٥٢.

(٢) البحر الرائق جـ ٣ ص ١٠٢.

❁ 212 - دار الحرب ودار العهد ودار السلم وحقوق الإنسان :

أشرنا إلى أن القول بأن "كل البلاد غير الإسلامية هى دار حرب" - قول غير صحيح ولا يجوز إطلاقه بهذه الصورة، التى تتجاهل العهود والعقود التى تربط المسلمين بالدول الأخرى، والتى تجعلها "دار عهد" أو دار سلم ويصبح جميع مواطنيها معاهدين .

وقد قلنا إن العالم كله أصبح الآن دار عهد .

ولا يجوز أن توصف دولة غير إسلامية بأنها دار حرب إلا فى حالة وجود حرب بينها وبين المسلمين، وفى فترة الحرب، وفى نطاق قانون الحرب الذى يقوم على مبدإ المعاملة بالمثل: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾[البقرة: 194].

ونكرر قولنا: إن دار الإسلام لا تشمل إلا البلاد التى تعلن السلطات المسيطرة عليها بأنها تطبق شريعتنا وتخضع لها وتلتزم بها. فدار الإسلام معرضة للانكماش مثل دار الحرب فى عصرنا الحاضر، والذى يتسع هو دار العهد أو دار السلم التى تشمل الآن جميع بلاد العالم..

يجب تطبيق مبادئ شريعتنا بشأن تعريف دار الإسلام بأنها هى الملتزمة بشريعته، وتعريف دار الحرب بأنها التى لا يكون بينها وبين المسلمين عهد، أو تكون فى حالة حرب فعلا مع "دولة إسلامية" بالمعنى الصحيح .

لايجوز وصف كل من يحمل جنسية أجنبية بأنه حربى، ولانطبق على كل أجنبى أحكام الفقه بشأن "الحربيين". ومن حسن الحظ أنه أضاف تحفظا حين قال: إن "الحربى" يكون "غير معصوم" إذا لم يكن بين دولته وبين دار الإسلام عهد أو هدنة. ثم كرر ذلك حين قال: إن من سماهم الحربيين ليس لهم أن يدخلوا دار الإسلام إذا لم يكن بينهم وبين دار الإسلام عهد ... ص (ب/ 355) .

* * *

ثم إن قوله بأن "الحربيين" غير معصومين يجب أن يراعى فيه ما قلناه عن أن عدم العصمة لايجيز للأفراد قتل من وصفهم بأنهم قد "أهدرت دماؤهم"؛ خصوصا إذا لاحظنا أنه واصل منطقه حتى قال: إن المسلم والذمى يكونان مباحى الدم إذا دخلا دار الحرب دون إذن أو أمان، أى أنه يبيح أيضا "للحربيين" إهدار دم المسلم أو الذمى فى الحالة التى أشار إليها. والصواب أن الإهدار حكم شرعى يطبقه القضاء لا الأفراد .

۞ العصمة حق إنساني لكل بني آدم – ولايجوز إهدارها إلا بحكم القضاء أو دفاعا عن النفس فى حالة الحرب :

إننا نتحفظ على هذه الأقوال[1] التى تؤدى إلى إباحة الاعتداء على حقوق الإنسان التى حصنتها شريعتنا؛ مثل حقه فى الحياة وسلامة جسمه وبدنه، وهى فى نظرنا حقوق قدستها شريعتنا بدليل أنها فرضت للعقاب عليها عقوبة القصاص التى قصد بها المشرع فى نظرنا حماية حق الإنسان فى حياته وسلامة بدنه، وهى الحماية التى نعدها أساسا لنظرية شرعية عامة فى ضمان حقوق الإنسان وحمايتها من المساس بها إلا بحكم قضائى تنفذه سلطة شرعية. وعلى ذلك فإننا لانسوغ قيام فرد بقتل أى إنسان سواء كان حربيا أو ذميا أو مستأمنا أو مسلما بحجة إقامة الحد عليه أو بحجة أنه غير معصوم، لأن جميع الناس معصومون بصفتهم بشرا متساوين فى "الحقوق الإنسانية" – ولذلك فإننا نرى أن إقامة الحدود من اختصاص القضاء الملتزم بالشريعة دون غيره .

إن الأقوال التى بُنيت على افتراض وجود حالة حرب دائمة بين المسلمين وغيرهم قد فات أوانها، والقول بذلك غير صحيح حاليًا ولانقره إلا بالنسبة للمحاربين المقاتلين من الأعداء فى أثناء الحرب. أما مجرد الانتساب إلى دولة غير إسلامية أو معادية فلا يحرم الفرد من الحماية التى قررها شريعتنا لحقوق الإنسان، إلا حين تثبت مشاركته فى العدوان علينا؛ ومن باب أولى لايُعَدّ الأجنبى محاربا إذا كانت الدولة التى ينتسب لها معاهدة أومسالمة للمسلمين وليست محاربة. وقد بينا أن جميع دول العالم الموقعة على المواثيق الدولية (مثل ميثاق الأمم المتحدة وغيرها من المعاهدات الجماعية) هى دول معاهدة ومسالمة ولايصح وصفها بأنها "دار حرب" ولايجوز بالتالى القول بعدم عصمة رعاياها أو حرمانهم من الحقوق الإنسانية التى قدستها شريعتنا وتحرم كل عدوان عليها ...

ومن باب أولى، لا يجوز أن نقر ما ينسب لأبى حنيفة من أن المسلم المقيم فى بلد أجنبى ولم يهاجر لدار الإسلام يكون غير معصوم بحجة أنها دار حرب، أو أن المسلم فى أى بلد أجنبى لا عصمة له ... ولا القول بأن كل بلد سكانها غير مسلمين هى دار حرب، دون أن تكون بينها وبين المسلمين حرب فعلية .

---

(1) يراجع تعليقنا على البنود (373) وما بعده.

<عوده> ٢١٣- *مدى إقليمية الشريعة* : رأينا فيما سبق أن الشريعة فى أصلها عالمية، وأن الظروف قضت من الناحية العملية بأن تكون إقليمية فلا تطبق إلا على دار الإسلام. وقد بقى أن نعرف مدى هذه الإقليمية. فهل تطبق الشريعة على كل سكان البلاد الإسلامية أم تطبق على بعضهم دون البعض الآخر ؟ وإذا طبقت الشريعة على الجرائم التى تقع فى دار الإسلام، فهل تطبق على مايرتكبه أهل هذه الدار من جرائم أثناء وجودهم فى دار الحرب ؟

الأصل فى الشريعة الإسلامية أنها تسرى على كل من يقيمون فى دار الإسلام مهما تعددت حكوماتها واختلفت نظم الحكم فيها، فيستوى أن تكون البلاد الإسلامية خاضعة كلها لحكم دولة واحدة، كما كان الحال فى عهد الدولة الأموية أو خاضعة لحكم دول متعددة كما هو الحال اليوم، وتسرى الشريعة على كل السكان سواء كانوا متقدمين أو متأخرين، يسكنون السهول والوديان أو الصحارى والجبال، ولاعبرة باختلاف أديانهم أو لغاتهم أو أجناسهم. وعلى من يقيمون فى دار الإسلام أن يلتزموا أحكام الشريعة لا فى دار الإسلام فقط، بل وفى خارج دار الإسلام.

فالمبدأ الشرعى العام إذن، هو سريان الشريعة على الجرائم التى ترتكب فى دار الإسلام أيا كان مرتكبها، وعلى الجرائم التى ترتكب فى دار الحرب من مقيم فى دار الإسلام. وأساس هذا المبدإ العام هو طبيعة الشريعة وظروفها، فهى شريعة عالمية كما قلنا، وهى بهذا الوصف واجبة التطبيق على كل جريمة تقع فى أى بقعة من بقاع العالم، ولما كانت الظروف لاتسمح بتطبيق الشريعة إلا فى بلاد الإسلام وعلى المقيمين بها، فقد اكتفى نزولا على حكم الظروف بتطبيق الشريعة على الجرائم التى تقع فى دار الإسلام، ولو كان مرتكبها لاينتمى لدار الإسلام؛ لأن تطبيق الشريعة ممكن فى دار الإسلام على كل من يوجد فى هذه الدار، واكتفى بتطبيق الشريعة على الجرائم التى تقع فى دار الحرب من مقيم فى دار الإسلام؛ لأنه من الممكن أن تطبق الشريعة على المقيمين فى دار الإسلام وإن كان لايمكن تطبيقها على دار الحرب.

هذا هو المبدأ العام فى الشريعة الإسلامية، ولا خلاف عليه، ولكن الفقهاء اختلفوا فى تطبيقه تبعا للاعتبارات المختلفة التى نظر إليها كل منهم عند التطبيق، وقد أدى هذا الخلاف إلى وجود ثلاث نظريات مختلفة عن سريان التشريع الجنائى على المكان.

213 – مبدأ الإقليمية :

الأصل فى نظره أن الشريعة عالمية ويترتب على ذلك أن يلتزم بها المسلم أينما كان، إلا إذا وجد مانع (خارج عن إرادته) يحول دون تطبيقها عليه كلها أو بعض منها .

وهذا المانع يتوافر فى حالة خضوعه لدولة لا تلتزم بالشريعة، أو لاتسمح له بالالتزام بها كلها أو تسمح له بالالتزام ببعضها (مثل أحكام العبادات والأحوال الشخصية) ولاتسمح له بالالتزام بالبعض الآخر (مثل الأحكام المدنية أو الجنائية أو الدستورية مثلا).

وهو يرى أن "الظروف العالمية والدولية لاتسمح بتطبيق الشريعة خارج نطاق إقليمى معين"؛ ولذلك فإن القاعدة الآن تقضى بأن يكون تطبقيها فى نطاق إقليمى محدود هو دار الإسلام .

والإقليم الذى تطبق فيه شريعتنا هو دار الإسلام، وفى هذا الاقليم يخضع الجميع لها سواء كانوا مسلمين أم لا، وسواء كانوا ينتمون لدار الإسلام أم لدولة غيرها .

وقد أضاف استثناء مقتضاه أن من يقيم فى دار الإسلام إذا ارتكب جريمة فى دار الحرب يمكن محاكمته والحكم عليه بمقتضى شريعتنا وإن كان هناك خلاف فى مدى هذا الاستثناء وشروط تطبيقه .

ونحن نرى أن ما تضمنته بعض القوانين الوضعية من أن ذلك مشروط بعودة الجانى إلى دار الإسلام دون أن يحاكم أو يعاقب عن فعله فى البلاد التى ارتكب فيها جريمته – قاعدة يوجبها تطبيق المبادئ الشرعية العامة .

﴿عوده﴾ ٢١٤- *النظرية الأولى* : وصاحبها أبو حنيفة، ويرى أن الشريعة تطبق على الجرائم التى ترتكب فى دار الإسلام، أى مكان داخل فى حدود الدولة الإسلامية، أيا كانت الجريمة، وسواء كان مرتكبها مسلما أو ذميا؛ لأن المسلم ليس له قانون غير الشريعة، ولايجوز له أن يرضى لنفسه قانونا غيرها؛ ولأن الذمى التزم أحكام الإسلام التزاما دائما لقبوله عقد الذمة الدائم.

أما من يقيم إقامة مؤقتة فى دار الإسلام فلا تطبق عليه أحكام الشريعة إذا ارتكب جريمة تمس حقا لله، أى تمس حقا للجماعة، وإنما يعاقب بمقتضى الشريعة إذا ارتكب جريمة تمس حقا للأفراد، وقد علمنا أن من يقيم إقامة مؤقتة فى دار الإسلام يسمى المستأمن.

ويعلل أبو حنيفة إعفاء المستأمن بأنه لم يدخل دار الإسلام للإقامة، بل لحاجة يقضيها، كتجارة أو رسالة أو بمجرد المرور، وليس فى الاستئمان مايلزمه بجميع أحكام الشريعة فى الجرائم والمعاملات، بل هو يلزم فقط بما يتفق مع غرضه من دخول دار الإسلام، وبما يرجع إلى تحصيل مقصده وهو حقوق العباد، فعليه أن يلتزم الإنصاف وكف الأذى، مادمنا قد التزمنا له بتأمينه بإنصافه وكف الأذى عنه. ولما كانت جرائم القصاص والقذف مما يتعلق بحقوق العباد ويمسها مساسا شديدا، فإن المستأمن يؤخذ بهاتين الجريمتين كما يؤخذ بغيرهما من الجرائم التى تمس حقوق الأفراد كالغصب والتبديد، أما ماعدا ذلك من الجرائم التى لاتمس حقوق الأفراد فلا يسأل عنها-٣٣٩-، ولاتلزمه عقوبتها، سواء كانت هذه العقوبات خالصة لله تعالى أو يغلب فيها حق الله تعالى كالزنا والسرقة[1] .

أما الجرائم التى يرتكبها مسلم أو ذمى خارج دار الإسلام فلا تطبق عليها الشريعة الإسلامية، سواء وقعت من شخص مقيم فى دار الإسلام ثم سافر إلى دار الحرب وعاد، أو وقعت من شخص كان يقيم فى دار الحرب ثم أقام بعد ذلك فى دار الإسلام؛ لأن المسألة عند أبى حنيفة ليست مسألة التزام المسلم أو الذمى بأحكام الإسلام،

[الصدر] تعليق "رقم-٣٣٩-": كيف لايسأل عنها ياترى، ومادل على حرمة هذه الجرائم ولزوم العقوبة عليها شامل بإطلاقه له، وعلى ولى الأمر تنفيذ الحدود على من يقدر عليه، والمستأمن بعد دخوله دار الإسلام يكون الحاكم الشرعى قادرا على إقامة الحد عليه فيجب إقامة الحد عليه.

[الشاوى] رأينا فى "التعليق-٣٣٩-": نؤيده فى اعتراضه على القول الذى ينسبه فقيهنا لأبى حنيفة من عدم معاقبة المستأمن على الجرائم التى يصفها بأنها لاتمس حقوق الأفراد وكانت تمس حقوق الله أى حقوق الجماعة كالزنا والسرقة (مشيرا إلى فتح القدير ج ٤ ص ١٥٥ و١٥٦).

---

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٥٥، ١٥٦.

<عوده> أينما كان مقامه، وإنما هى واجب الإمام فى إقامة الحد، ولايجب على الإمام أن يقيم الحد أو العقوبة إلا وهو قادر على الإقامة؛ لأن الوجوب مشروط بالقدرة، ولا قدرة للإمام على من يرتكب جريمة فى دار الحرب أثناء ارتكابها، فإذا انعدمت القدرة لم تجب العقوبة (١)-٣٤٠-.

ومعنى ماسبق أن القضاء بالعقوبة يقتضى الولاية-٣٤١- على محل الجريمة وقت ارتكاب الجريمة، ولا ولاية للدولة الإسلامية على محل ارتكاب الجريمة. ويترتب على ماسبق أنه لو دخل مكان الجريمة فى ولاية الدولة الإسلامية بعد ارتكاب الجريمة فلا تطبق الشريعة على الجريمة-٣٤٢-؛ لأن الولاية كانت منعدمة وقت وقوع الجريمة.

وإذا ارتكب المسلم أو الذمى جريمة فى دار الإسلام وهرب منها إلى دار الحرب، فلايسقط هربه العقوبة؛ لأن الفعل وقع موجبا للعقوبة، وكذلك حال المستأمن فيما يعاقب

[الصدر] تعليق "رقم-٣٤٠-": القدرة التى هى شرط لوجوب إقامة الحد هى القدرة على إقامة الحد ولو بعد الجريمة، لا القدرة على إقامتها حال الجريمة، وهذه القدرة متحققة بعد رجوع المجرم إلى دار الإسلام فيجب على الحاكم إقامة الحد عليه.

[الصدر] تعليق "رقم-٣٤١-": مر علينا قريبا أنه لادليل على ذلك وإطلاقات الأدلة تنفيه.

[الصدر] تعليق "رقم-٣٤٢-": لازم الرأى الذى ذكرناه قريبا هو لزوم تطبيقها تمسكا بإطلاق الأدلة كما مر علينا ذلك قريبا.

[الشاوى] رأينا فى "التعليقات-٣٤٠- و-٣٤١- و-٣٤٢-": نؤيد اعتراضه على القول بأن الإمام لايستطيع معاقبة من يرتكب جريمة فى دار الحرب إذا دخل دار الإسلام بعد ذلك، استنادا إلى أن شرط التزام الإمام بمحاكمته مشروط بقدرته على من ارتكب الجريمة فى دار الحرب أثناء ارتكابها - والأصح هو قول السيد الصدر، وهو أن شرط القدرة إذا كان قد توافر بعد ذلك بعد رجوع المجرم إلى دار الإسلام فهذا يكفى لالتزام الإمام بمعاقبته إذا كان لم يعاقب عليها فى الخارج ولم يتم تسليمه.

ويلاحظ أن القوانين الوضعية ذاتها - ومنها القانون المصرى - توجب محاكمة المجرم الذى يعود لأرض الدولة بعد ارتكابه جريمة فى الخارج إذا كان لايجوز تسليمه لأنه من المواطنين، ولم يكن قد عوقب عليها فى البلد الذى وقعت فيه الجريمة، أو أى بلد آخر، ولم يتم تسليمه لمحاكمته فى الخارج لأنه من الرعايا الذين لايجوز تسليمهم (مسلمين أو ذميين...).

وفى رأينا أنه لامجال للتفرقة بين مايُعَدّ جرائم ماسة بالأفراد مباشرة، وغيرها من الجرائم، لأن جميع الجرائم تمس أمن المجتمع وسلامته فى نظرنا ولوكانت فى نفس الوقت تمس حقا فرديا...

كل ماهنالك أن القصاص لايمكن توقيعه إلا فى حالة طلب المجنى عليه (أو ولى الدم فى حالة القتل).

---

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٥٢، ١٥٣.

عوده على ارتكابه من جرائم ، فإن عودته لدار الحرب لاتسقط عقوبته ، ولا تمنع -٣٤٣- من العقاب على جريمته [١].

وإذا عسكر جنود الدولة الإسلامية فى دار الحرب فكل جريمة وقعت فى المعسكر تأخذ حكم الجرائم المرتكبة فى دار الإسلام؛ لأن أرض المعسكر فى حيازة جند الدولة، وللدولة سلطان عليها، فيُعَدُّ المعسكر لهذا دار إسلام.

أما الجرائم التى ترتكب خارج المعسكر، فحكمها حكم الجرائم التى ترتكب فى دار الحرب-٣٤٤- [٢].

الصدر تعليق "رقم-٣٤٣-": مع قدرة الحاكم على إقامة الحد.

الشاوى رأينا فى "التعليق-٣٤٣-": يؤسفنا ماذكره السيد الصدر من أن النقاش خاص بالحدود - مع أننا نرى أن الأصل فى الجزاء الجنائى هو التعزير، وكل ماقلناه ونقوله فيما بعد ينطبق على التعازير...

ونحن نؤيد تحفظه فى التعليق رقم-٣٤٣- بشأن معاقبة الحربى المستأمن الذى يرتكب جريمة فى دار الإسلام ثم يعود لدار الحرب، إذ يرى السيد الصدر أن عودته لبلاده لاتسقط عقوبته، أى لاتمنع محاكمته عندنا طالما أن جريمته ارتكبت فى بلادنا، ولم يحاكم عليها فى الخارج. ويشترط السيد الصدر لمحاكمته فى بلادنا القدرة عليه وذلك بطلب تسليمه لذلك، وهذا هو ماتقره القوانين الوضعية حاليا لأن الأصل هو اختصاص قضاء البلد الذى ارتكب فيه الجريمة.

الصدر تعليق "رقم-٣٤٤-": بل اللازم إقامة الحدود فى ظرف القدرة على إقامتها لاطلاق أدلتها وعدم المقيد لها.

الشاوى رأينا فى "التعليق-٣٤٤-": يتفق مع ماقاله فى رقم-٣٤٠- إلى-٣٤٢- من أن القدرة اللاحقة لارتكاب الجريمة تكفى، وعودة الجانى إلى بلادنا تعطينا الحق فى محاكمته. كما أن رأى أبى حنيفة ذاته الذى أشار له فقيهنا فى الصلب يؤيد محاكمة الجندى الذى ارتكب جريمة فى الخارج بعد رجوعه لدار الإسلام، ولكنا نرى أن تكون عقوبته تعزيرية، أى أننا نؤيد تعليق السيد الصدر رقم-٣٤٥- لأنه يرجح أن العقوبة على الجرائم التى ترتكب فى الخارج تكون تعزيرية دائما فقط، ونحن نصر على ذلك بحسبان أن الحدود عقوبات استثنائية، وتوجد شبهة فى هذه الحالة لأن الجريمة وقعت فى دار الحرب... وهى كافية لسقوط الحد والاكتفاء بالتعازير كما يفهم من الحديث الشريف المشار إليه فى المتن، وقد أيده فى التعليق التالى.

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٣١.

(٢) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٣٢.

(عوده) ويرى أبو حنيفة أن الجرائم التى ترتكب من الجنود فى أثناء الغزو لاتنفذ عقوباتها إلا بعد الرجوع لأرض الإسلام، لقوله عليه السلام: "لاتقطع الأيدى فى الغزاة"(١)–٣٤٥–.

ويفرق أبو حنيفة–٣٤٦– فى جرائم القتل بين عدة حالات: فإذا كان القتيل قد أسلم وبقى فى دار الحرب ولم يهاجر إلى دار الإسلام فلا قصاص ولادية إذا قتله مسلم

(الصدر) تعليق "رقم–٣٤٥–": الرواية مختصة بحد السرقة ولاتشمل بقية الحدود. ولقد استدل الشيخ أبو جعفر الطوسى على عدم تنفيذ جميع العقوبات أثناء الغزو بالإجماع ولما كان الجند الإسلامى المجاهد غالبا فى أرض العدو فيمكن أن يستدل على هذا الحكم بالخبر المروى عن الإمام جعفر بن محمد (ع) أنه قال: (لاتقام الحدود بأرض العدو) ولكن هذا الحديث مختص بالحدود فلا يشمل التعزيرات.

(الشاوى) رأينا فى "التعليق–٣٤٥–": يسرنا أنه يشير إلى التعازير، برغم أنه كما لاحظت من قبل يستند دائما إلى الأخبار، وكان أولى فى نظرنا.. أن تكون الإشارة إلى المبادئ العامة فى الشريعة التى هى أساس جميع أحكام الفروع. ونؤيد القول بأن الحدود لاتقام بأرض العدو، فأساس قولنا هو المبدأ العام فإن العقوبات المقدرة حدا أو قصاصا لها صفة استثنائية بحتة كما قلنا مرارا، وتسقط بالشبهة. والشبهة فى هذه الحالة هى أن البلد الذى وقعت فيه الجريمة لايطبق عقوبة القصاص التى قررتها شريعتنا جزاء على الجرائم ضد حياة الأشخاص وسلامة أبدانهم..

(الصدر) تعليق "رقم–٣٤٦–": لايمكن الموافقة على هذا التفريق، لأن المسلم أينما كان فى بلاد الكفر أو بلاد الإسلام فهو مسلم معصوم الدم يحرم قتله ويقتل قاتله، ولافرق بين بقاء المسلم فى دار الحرب أو دخوله إليها مستأمنا أو مكرها أسيرا فإن الأسر لايبطل عصمة الأسير.

(الشاوى) رأينا فى "التعليق–٣٤٦–": يعترض السيد الصدر على التفرقة التى نسبت للإمام أبى حنيفة بين حالات قتل المسلم فى دار الحرب، ويرى أن قتل المسلم أينما كان يوجب القصاص. ونحن نرجح تضييق نطاق القصاص على النحو الذى ذهب إليه الإمام أبو حنيفة، على أن يكون مفهوما أن الدية ليست إلا الحد الأدنى للتعويض – أو الضمان كما يقول هذا الرأى – وأن التعزير واجب فى كل حالة يتعذر فيها القصاص أو يسقط الحق فيه لسبب أو لآخر.

ولايفوتنا أن نذكر بأن ربط عصمة الدم بالإسلام غير وارد فى نظرنا، لأن كل إنسان معصوم الدم بحكم تكريم الله لآدم وذريته دون حاجة للبحث فى ديانته أو عقيدته ...

ولذلك نفضل لو وجد رأى يسوى بين قتل المسلم وغير المسلم فى العقوبة التعزيرية فى جميع الأحوال، فيما عدا القصاص لأنه عقوبة استثنائية تسقط بالشبهة – وسنرى ذلك عند دراسة جريمة القتل فى القسم الخاص ...

ونرى أن هذا الرأى يريحنا من الجدل الذى يثيره السيد الصدر فى تعليقه–٣٤٦– حول التفرقة التى ينسبها فقيهنا للإمام أبى حنيفة بشأن عدم وجوب القصاص أو الدية فى تلك الجرائم، لأن النتيجة هى الاكتفاء بالتعزير على الرأى الذى رجحه الإمام الصدر فى تعليقه السابق (رقم ٣٤٥) وأيدناه.

---

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٥٤.

عوده أو ذمى من أهل دار الإسلام، وإذا كان القتيل مسلما أو ذميا من أهل دار الإسلام دخل دار الحرب مستأمنا فلا قصاص، لانعدام الولاية على محل الجريمة، ولكن يلزم القاتل بالدية. وإذا كان القتيل قد دخل دار الحرب مكرها كالأسير فيرى أبو حنيفة أن لاقصاص ولادية فى قتله؛ لأن الأسر يبطل عصمة الأسير. ولكن محمدا وأبا يوسف يخالفان فى هذا ويريان أن الأسر لايبطل عصمة الأسير، وأن القاتل والمقتول من أهل دار الإسلام، فإذا لم يمكن القصاص لانعدام الولاية على محل الجريمة وقت وقوعها، فيلزم القاتل بالدية ضمانا عن القتل لأن ولاية الضمان ثابتة على متقاضين وقت التقاضى[1].

ويجيز أبو حنيفة للمسلم والذمى إذا دخلا دار الحرب مستأمنين أن يتعاقدا بربا مع حربى أو مع مسلم لم يهاجر إلينا، لأن الربا إتلاف مال للحربى برضاه وهذا لايتنافى مع عقد الأمان؛ لأن المسلم الذى لم يهاجر أمواله غير معصومة. ولأبى يوسف رأى مخالف فى هذه النقطة-٣٤٧-، فهو يرى أن المسلم والذمى عليهما إذا دخلا دار الحرب أن يلتزما أحكام الإسلام، فلا يفعلان مايحرمه ولو كان مباحا فى دار الحرب، ومادام الربا محرما بنصوص الشريعة فهو محرم فى دار الإسلام وفى دار الحرب. ويفرق محمد بين المعاملة بالربا مع حربى وبين المعاملة مع مسلم لم يهاجر إلينا، ويرى أن التعاقد بالربا مع حربى فى دار الحرب جائز للسبب الذى يذكره أبو حنيفة. أما التعاقد بالربا مع مسلم لم يهاجر إلينا فهو غير جائز [2].

الصدر تعليق "رقم-٣٤٧-": ورأيه هو الراجح لإطلاق الأدلة المانعية عن الربا وعدم اختصاصها بحرمة الربا مع المسلم فى دار الإسلام، وجواز إتلاف مال الحربى وعدم كون مال المسلم غير المهاجر معصوما لايقتضى جواز الربا معه مع أن مادل على عصمة أموال المسلم وحرمتها عامة غير مختصة بكونه فى دار الإسلام.

الشاوى رأينا فى "التعليق-٣٤٧-": نؤيد السيد الصدر فى شأن عدم إباحة الربا الذى يرتكب فى دار الحرب كما يقول أبو يوسف مخالفا لرأى إمامه أبى حنيفه النعمان. لكنا نشترط أن يوجد تقنين يجعله جريمة عندنا ويفرض عقوبة جنائية أو تعزيرية على ارتكابه، وإلا فإنه يكون معصية دينية يكفى فيها التعويض أو الضمان.

وعلى العموم، فإن القول بعدم عصمة المال فى دار الحرب لانقره لأن الحق فى المال كغيره من الحقوق الإنسانية لايجوز فى نظرنا إهداره أو القول بعدم عصمة المال فى دار الحرب... لأننا نلتزم بالرأى الذى يقول: إن الحقوق الإنسانية كلها معصومة للناس جميعا فى كل مكان فى شريعتنا ولايجوز إهدارها سواء فى الداخل أو الخارج.. سواء كانت حقوقا متعلقة بالحياة أو سلامة البدن أو حرمة المال.

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٣٣.

(٢) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٣٢.

عوده ومن المتفق عليه فى مذهب أبى حنيفة أنه لايجوز للمسلم والذمى أن يتعاقد أحدهما مع الآخر على الربا فى دار الحرب، كما لايجوز لهما ذلك فى دار الإسلام فإن تعاقدا فى دار الحرب فلا عقاب لانعدام-٣٤٨- الولاية على محل الجريمة وقت وقوعها، ولكن على آخذ الربا الضمان، أى رد ما أخذه ولو كان الآخر فى دار الحرب؛ لأن الرد ليس عقوبة وتكفى فيه الولاية على المتقاضين وقت التقاضى.

وإذا دخل المسلم أو الذمى دار الحرب مستأمنا فأدان حربيا أو أدانه حربى ثم خرج المسلم أو الذمى إلى دار الإسلام، وخرج الحربى إليها مستأمنا، فإن القاضى لايقضى لواحد منهما على صاحبه بالدين، وكذلك لو غصب أحدهما صاحبه شيئا لايقضى بالغصب لأن المداينة فى دار الحرب وقعت هدرا لانعدام ولايتنا عليهم-٣٤٩-، وانعدام ولايتهم فى حقنا أيضا-٣٥٠-،وكذلك الغصب؛ ولأن المداينة والغصب يصادف كلاهما مالا غير مضمون-٣٥١-، إذ الأصل أن مال أهل دار الإسلام مباح للحربى، ومال الحربيين مباح لأهل دار الإسلام. وإنما التزم المسلم أو الذمى بعقد الأمان أن يكف عن أذى الحربيين أثناء إقامته فى دارهم، وأن ينصفهم، كما التزموا هم بعقد الأمان أن ينصفوا المسلم أو الذمى المستأمن وأن يكفوا عن إيذائه.

الصدر تعليق "رقم-٣٤٨-": انعدام الولاية حال الجريمة لايمنع من العقاب عليها لو تحققت الولاية بعد ذلك.

الصدر تعليق "رقم-٣٤٩-": انعدام ولايتنا عليهم لايمنع من القضاء بهما حال تحقق الولاية.

الصدر تعليق "رقم-٣٥٠-": لاعلاقة لانعدام ولايتهم فى حقنا بعدم الحكم بلزوم الغصب والدين حينما تتحقق ولايتنا عليهم.

الشاوى رأينا فى "التعليقات-٣٤٨-،-٣٤٩-،-٣٥٠-": رأى السيد الصدر معارضا لما نسبه مؤلفنا للأحناف يتمشى مع قوله فى رقم -٣٤٠- بأن الولاية اللاحقة تكفى، وكذلك فى تعليقه رقم -٣٤٢- الذى أيدناه ومازلنا نؤيده.

الصدر تعليق "رقم-٣٥١-": كيف يكون مال المسلم مباحا للكافر ياترى؟ ومجرد استباحتهم له لايمنع من الحكم عليهم بضمانه.

الشاوى رأينا فى "التعليق-٣٥١-": وتعليق السيد الصدر يؤيد ماقررناه فى مناقشتنا لرقم ٣٤٧ وهو عدم تأييدنا لأى قول يقصر عصمة المال أو الدم على إقليم دون غيره ولا على طائفة من الناس دون غيرهم. ونؤكد أن هذا المبدأ ليس مقصورا على عصمة مال المسلم، بل نرى أن العصمة حق إنسانى للمسلم وغيره سواء فى بلادنا أو غيرها - لايتوقف على عقيدة الإنسان، ولاوطنه ولا الإقليم الذى يقيم فيه أو يغادره بحكم المساواة الإنسانية فى الكرامة لجميع بنى آدم بنص القرآن الكريم ذاته..

<عوده> فإذا غصب أحد الطرفين الآخر شيئا فقد غصب مالا مباحا له-٣٥٢-، ولكنه حنث بعهده وغدر وآذى من تعهد بالكف عن إيذائه ولم ينصفه، والحنث والغدر فى ذاته ليس سببا لتحريم المال المباح-٣٥٣- أو تحليل المال المحرم.

والحكم كذلك لو كانا حربيين أدان أحدهما الآخر فى دار الحرب ثم خرجا إلى دار الإسلام مستأمنين فلا يقضى بينهما فى الدين؛ لأنه لا ولاية لنا عليهم وقت الدين ولا وقت التقاضى-٣٥٤-، أما إذا خرجا إلى دار الإسلام مسلمين، فإن القاضى يقضى بينهما لثبوت الولاية عليهما وقت التقاضى(1) .

وإذا غصب المسلم أو الذمى مسلما أو ذميا فى دار الحرب أو أدانه فلا عقوبة على الغصب، ولكن يقضى بالدين وبضمان المغصوب. والعلة فى امتناع العقاب هى انعدام الولاية على محل الجريمة وقت وقوعها، والعلة فى القضاء بالدين والضمان هى قيام الولاية على المتقاضين وقت التقاضى.

ونستطيع أن نستخلص مما سبق أن الجرائم التى تقع فى دار الحرب من مسلم أو ذمى على حربى لايعاقب عليها،طبقا لرأى أبى حنيفة لانعدام الولاية-٣٥٥- على محل الجريمة وقت وقوعها. ولاتختص المحاكم فى دار الإسلام بالنظر فيما يطلبه المجنى عليه أو أولياؤه من ضمان مالى عن هذه الجرائم. وكذلك الحكم إذا كان المجنى عليه فى حكم الحربى كالأسير المسلم أو المسلم الذى لم يهاجر إلى دار الإسلام.

[الصدر] تعليق "رقم-٣٥٢-": مال الحربى مباح للمسلم، وأما مال المسلم فلا يكون مباحا للحربى، ومجرد اعتقاده كونه مباحا له لايمنع من ضمانه له واقعا والحكم عليه بالضمان.

[الصدر] تعليق "رقم-٣٥٣-": مر علينا قريبا أن مال المسلم لايكون مباحا للكافر وإن كان فى دار الحرب واعتقد الكافر إباحته.

[الشاوى] رأينا فى "التعليقين-٣٥٢-، -٣٥٣-": مبدأ المساواة الإنسانية يوجب علينا الاعتراض على قول السيد الصدر "إن مال الحربى يباح للمسلم".

وعلى القول بأن العصمة مقصورة على مال "المسلم" دون غيره من البشر.

[الصدر] تعليق "رقم-٣٥٤-": تكفى الولاية حال التقاضى التى تصحح الحكم عليهما عند القاضى وإمكان إلزامهما بإطاعة الحكم، وهو حاصل بالنسبة إلى المستأمنين.

[الصدر] تعليق "رقم-٣٥٥-": مر علينا قريبا أن انعدام الولاية حال الجريمة لايمنع من الحكم وإنزال العقاب مع تحقق العقاب وقت التقاضى.

---

(1) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٣٢، ١٣٣.

﴿عوده﴾ أما إذا كان المجنى عليه من أهل دار الإسلام فإن الجرائم لايعاقب عليها أيضا لانعدام الولاية-٣٥٦- على محل الجريمة، ولكن المحاكم فى دار الإسلام تختص بالنظر فيما يطلبه المجنى عليه أو أولياؤه من ضمان مالى عن الجريمة التى وقعت فى دار الحرب، وعلى المحاكم أن تقضى بهذا الضمان ولو كان يُعَدُّ عقوبة من بعض الوجوه، كالدية فإنها تُعَدُّ تعويضا من وجه وعقوبة من وجه آخر. ومعنى ذلك أن المحاكم ممنوعة من توقيع العقوبات البحتة، أما العقوبة التى فيها معنى تعويض المجنى عليه عما أصابه من الجريمة فلا تمنع منها؛ لأنها تحكم بها بحُسبانها ضمانا لا بحُسبانها عقوبة.

هذه هى نظرية أبى حنيفة فى سريان الشريعة الإسلامية على المكان، وقد كان لرأيه فى عدم سريان الشريعة على المستأمن أثر سيئ على البلاد الإسلامية لأن رأيه اتخذ أساسا وسندا فى منح الامتيازات الأجنبية للمستأمنين، أى من نسميهم اليوم بالأجانب، وكلنا يعلم مدى ماقاسته البلاد الإسلامية وماتزال تقاسيه من آثار هذه الامتيازات التى منحت للأجانب وقت ضعفهم وقوة المسلمين؛ لتشجع الأجانب على دخول دار الإسلام، وتؤمنهم على أنفسهم وأموالهم، فأصبحت بعد ضعف المسلمين سببا لاستغلال المسلمين، وتضييع حقوقهم، واستعلاء الأجانب عليهم.

[الصدر] تعليق "رقم-٣٥٦-": مر آنفا مافيه ومافيما بعده من الفروع.

[الشاوى] رأينا فى "التعليقات-٣٥٤- إلى -٣٥٦-و-٣٥٨-و-٣٥٩-": ماقاله السيد الصدر هو تأييد لما قاله قبل ذلك فى أرقام -٣٤٠- إلى -٣٤٢- ثم -٣٤٨ - إلى -٣٥٠- وأيدناه ومازلنا نؤيده لأن القدرة اللازمة هى التى تكون وقت المحاكمة لاوقت ارتكاب الجريمة.

عند عرض آراء الإمام أبي حنيفة نجده يشير إلى "ولاية الدولة"، وهذا يؤكد ما قلناه من أن تطبيق مبدإ الإقليمية يكون بمعرفة القضاء الذى يتحدد اختصاصه فى نطاق إقليم الدولة التى يكون اختصاصه فى حدود إقليمها والتى تنفذ أحكامه.

صحيح أن القضاء فى شريعتنا هو فرع من الهيئة التشريعية (هيئة الاجتهاد التى تمثل الأمة)، لكن تنفيذ أحكامه تقوم به السلطات التنفيذية للدولة، ولذلك فإن القاعدة هى أن ولايته فى حدود إقليم الدولة الإسلامية .

وبلغ من دقة اجتهادات فقهنا أنه سبق النظم الحديثة إلى عدّ القواعد العسكرية جزءا من إقليم الدولة التى ينتمى إليها الجيش الذى توجد عساكره فيها .

* * *

وكما قلنا بالنسبة لاعتراضنا على ما يسميه "إهدار دم الأشخاص" فى حالات معينة، نقوله بالنسبة لما أشار إليه من "إهدار المداينة"، وما رتب عليها مما وصفه بأن "مال المسلمين" وأهل دار الإسلام مباح للحربيين – ومال الحربيين مباح لأهل "دار الإسلام"، لأنه قول يتعارض فى نظرنا مع مبادئ الشريعة فى حرمة مال الأفراد، التى نَعُدّها مثل حرمة دمائهم وسلامة أبدانهم، فكلها من الحقوق الإنسانية التى تقدسها الشريعة وتحميها لجميع البشر دون استثناء. ولذلك، فإننا لا نقر ما ينسبه إلى الإمام أبى حنيفة أو غيره من الفقهاء من القول بأن القضاء لايقضى لأحد بدين التزم به فيما يسميه "دار الحرب" – بل ولايضمن ما غصبه فى إقليم دار الحرب ... استنادا إلى ما يسميه "إهدار المداينة" ...

إن نصوص القرآن التى تفرض عقوبة القصاص على من تعدى على حياة غيره أو سلامة بدنه، والآيات التى تعاقب السارق والسارقة، لايقتصر تطبيقها على حكم فرعى بتوقيع تلك العقوبات الحدية، بل إن لها مقاصد سامية أبعد من ذلك لأنها تقرر حرمة دماء الأفراد وأبدانهم وأموالهم، وهذه الحرمة توجب حماية الدماء والأبدان والأموال لجميع البشر بحكم إنسانيتهم، وأن القضاء وحده هو الذى يحكم بإهدارها بعد محاكمة شرعية عادلة ونزيهة .

لقد أشرنا من قبل إلى أننا استنبطنا من آية الاستئذان نظرية تشريعية لحرمة أسرار الحياة الخاصة، ولاشك فى أن حرمة دماء الناس وأبدانهم وأموالهم لاتقل أهمية عن ذلك، وأساسها هى النصوص القرآنية التى تفرض عقوبات مقدرة حدا أو قصاصا على من يعتدى على تلك الحرمات .

❁ الإهدار لايعطي للأفراد حقا فى الاعتداء على غيرهم، لأن القضاء وحده هو الذى له الحكم بالإهدار بعد محاكمة شرعية عادلة ونزيهة :

ونحن نشير إلى أن ما يسميه عالمية الشريعة إنما يُقصد به التزام الفرد الخاضع لها بأحكامها التكليفية ويعمل بها فى كل مكان يوجد فيه طالما لايوجد مانع قهرى يحول دون ذلك؛ ويعبرون عن ذلك بأن التزامه بتطبيقها شخصى، ويصفون هذا النوع من الأحكام التكليفية بأنها "شخصية"، بخلاف الأحكام الجنائية التى لاتطبق إلا بحكم قضائى فى إطار إقليمى معين، فهى أحكام إقليمية لأنها تطبق على الأفراد فى حدود إقليم معين بواسطة سلطات ذلك الاقليم.

وهو يشير إلى أن "الظروف العملية" أوجبت أن يكون تطبيق الشريعة "إقليميا" فى الأصل، وهذا هو المبدأ العام فى الفقه. ومع ذلك فإن تطبيقه يؤدى إلى اختلاف الآراء فى المذاهب المختلفة، بل فى داخل كل مذهب كما يتبين من البنود التالية .

ونحن نسارع إلى القول بأن هذا التعدد فى المذاهب والاختلاف فى الآراء يؤكد ما نراه من ضرورة التقنين الشرعى حتى يعرف المكلف مقدما الحكم الذى يطبق عليه .

والظروف العملية التى يشير إليها هى أن اختصاص القضاء إقليمى، وعلى ذلك فإن الأحكام التشريعية الجنائية التى يطبقها القضاء يجب أن يكون لها طابع إقليمى .

وإذا كان هذا يطبق على الأحكام الجزائية أو الوضعية لأن تطبيقها يكون عن طريق القضاء فإننا قد أشرنا إلى أن الشريعة تتميز بوجود ما يسميه فقهاؤنا أحكاما تكليفية، وهى أحكام شخصية يلتزم الفرد بها مباشرة أينما كان دونما تدخل القضاء أو أى سلطة زمنية.

يجب أن نفرق بين ولاية القضاء وولاية الشريعة. فما قاله من أن الجرائم التى تقع من مسلم أو ذمى فى دار الحرب على حربى لايعاقب عليها – طبقا لرأى أبى حنيفة – فيه تجوُّز، لأن المقصود هو أن قضاء الدولة (الإسلامية) لايختص بالحكم فى هذه الجرائم لوقوعها فى إقليم دولة أخرى، ولأن المجنى عليه من رعايا تلك الدولة فقضاؤها هو أولى بأن يفصل فى هذه الجريمة. ونحن نرى ضرورة التفرقة بين اختصاص القضاء وتطبيق الشريعة أو ولايتها، ولذلك فإنه إذا فُرض وأعطى للقضاء الإسلامى الاختصاص بنظر مثل هذه الجريمة التى وقعت فى بلد أجنبى (يكون ذلك فى حالة استثنائية وعلى سبيل التبادل غالبا) فإنه يطبق عليها أحكام الشريعة .

على العموم، فإن كل التفصيلات التى عرضها عن اختلاف الآراء فى أثر إقليمية الشريعة بشأن تطبيق نصوصها الجنائية على ما يقع فى "دار الحرب" لم يعد له تلك الأهمية التى تبرر الإفاضة فى عرضها، لأننا سبق أن بينا أن ما يسمى "بدار الحرب" لم يعد له وجود فى عصرنا بعد أن تعددت المعاهدات الجماعية والثنائية بين الدول الإسلامية وغير الإسلامية، ونتيجة لذلك فلا محل لوصف أى أجنبى بأنه "حربى" إلا فى حالة وجود حرب فعلية، وفى أثناء الحرب فقط .

❁ العقاب على جميع الجرائم من حقوق الله وحق الجماعة :

وأكثر من ذلك، فإن الاهدار الذى يصر على الإشارة إلى أنه يبيح للفرد إهدار دم إنسان آخر لا نعتقد أن له هذا الأثر، وإنما يقتصر أثره على حق القضاء فى الحكم بالحد أو القصاص الذى يعنى ما يسمى الآن بالإعدام ... ويكون ذلك بالحكم القضائى متى توافرت شروط تطبيق عقوبة القتل التى تفرضها شريعتنا – والقضاء وحده هو الذى له الحق فى إثبات توافرها ووجود الأدلة الشرعية على الإدانة بها ...

ما ذكره من أن رأى أبى حنيفة يفرق بين الجرائم التى يصفها بأنها تمس حقوق الأفراد، وجرائم أخرى يصفها بأنها تمس حقا لله أو حقا للجماعة، يتعارض مع ما قررناه مرارا – وأيدته أقواله فى بعض المواضع – من أن جميع الجرائم تمس حقوق الجماعة وحق الله، لأن شريعة الله سبحانه وحقوق الجماعة هى التى تحمى حقوق الأفراد. فالمساس بهذه الحقوق الفردية كحق الحياة وسلامة البدن، يهدد أمن الجماعة ومصلحتها التى تستوجب حماية حقوق أفرادها .

لقد سبق أن بينا الأسباب التى تقتضى عدم القول بوجود أى جريمة لا تمس حقوق الجماعة، لأن جميع ما تعاقب عليه الشريعة أيا كان سبب العقوبة أو نوعها أو مقدارها يُعَدُّ فى شريعتنا وفقهنا ضارا بالجماعة وماسّا بحقوقها التى أمر الله سبحانه بحمايتها، وأن حقوق الجماعة تُعَدّ دائما حقوقا لله .

إن فقيهنا كان حريصا على عرض الأحكام التى توصل إليها أسلافنا فى عصورهم، ولكنا حرصنا على بيان التطور الذى حدث فى العلاقات الدولية عموما، وفى علاقات دولنا بغيرها تبعا لذلك، ونتائج ذلك فى كل مايتعلق باختصاص القضاء أولا، وما يتعلق بتطبيق أحكام شريعتنا من حيث الإقليم .

أما اختلافنا مع ماقاله بشأن الإهدار، فليس ناتجا عن ظروف جديدة، بل هو التزام بالمبادئ الانسانية الأصيلة التى قررها القرآن وسبقت شريعتنا جميع النظم لإقرارها، وهى تجعل الصفة الانسانية أساسا لاعترافنا لجميع البشر بحرمة النفس والدم والمال وغيرها من الحريات التى تمنحها الصفة الإنسانية لبنى آدم كلهم دون أى استثناء .

عوده ٢١٥ - *النظرية الثانية* : وهى نظرية أبى يوسف من فقهاء المذهب الحنفى، ويرى أن الشريعة الإسلامية تسرى على كل المقيمين فى دار الإسلام سواء كانت إقامتهم دائمة كالمسلم والذمى، أو كانت إقامتهم مؤقتة كالمستأمن. وحجته فى ذلك: أن المسلم يُلزمه إسلامه بالتزام أحكام الإسلام، وأن الذمى ملزَم بأحكام الإسلام التزاما دائما بمقتضى عقد الذمة الذى يضمن له الأمان الدائم. أما المستأمن فيلتزم أحكام الإسلام بمقتضى عقد الأمان المؤقت الذى خوله الإقامة المؤقتة فى دار الإسلام، وبقبوله دخول دار الإسلام؛ لأنه بطلبه دخول دار الإسلام قد قبل أن يلتزم أحكام الإسلام مدة إقامته، ولأنه لما منح إذن الإقامة منحه على هذا الشرط، فصار حكمه حكم الذمى، ولافرق بينهما إلا أن الذمى أمانه مؤبد والمستأمن أمانه مؤقت. ولهذا، يعاقب المستأمن مهما قصرت مدة إقامته على الجرائم التى يرتكبها فى دار الإسلام، سواء تعلقت هذه الجرائم بحقوق الجماعة أو بحقوق الأفراد(١).

وجه الخلاف فيما سبق بين نظرية أبى يوسف ونظرية أبى حنيفة ينحصر فى تطبيق الشريعة على المستأمن. فأبو يوسف يرى تطبيق الشريعة على المستأمن فى كل الأحوال-٣٥٧-، وأبو حنيفة لايطبق الشريعة على المستأمن إلا فى الجرائم التى تمس حقوق الأفراد دون غيرها من الجرائم.

ويتفق أبو يوسف مع أبى حنيفة فى أن الشريعة لاتسرى على الجرائم التى ترتكب فى دار الحرب ولو ارتكبها المقيمون فى دار الإسلام، ولكنه يخالف أبا حنيفة فى مسألتين ذكرناهما فى أثناء عرض نظرية أبى حنيفة. الأولى منهما أن أبا يوسف يرى أن المسلم والذمى لايجوز لأحدهما فى دار الحرب أن يتعاقد بربا مع حربى أو مع مسلم مقيم بدار الحرب لم يهاجر إلينا، ولو كان التعاقد على الربا غير محرم فى دار الحرب؛ لأنه محرم عليه طبقا لأحكام الإسلام وهو ملزم بهذه الأحكام أينما كان، ولكنه لايعاقب إذا أخذ ربا فى دار الحرب لانعدام الولاية على محل الجريمة وقت وقوعها. والفرق بين رأى أبى حنيفة ورأى أبى يوسف فى هذه النقطة أن أبا حنيفة لايرى الفعل فى ذاته محرما بينما يحرمه أبو يوسف-٣٥٨-. والثانية منهما مسألة الأسير المسلم إذا قتله فى دار الحرب مسلم أو ذمى،

الصدر تعليق "رقم-٣٥٧-": وهذا هو الرأى الراجح كما مر علينا قريبا.

الصدر تعليق "رقم-٣٥٨-": والأرجح هو القول بالحرمة لعموم أدلة الحرمة وصحة الحكم بعقابه إذا حصلت الولاية عليهما بعد ذلك.

الشاوى رأينا فى "التعليق-٣٥٧-، -٣٥٨-": تعليق السيد الصدر يؤكد ماقاله فى التعليقات السابقة، من رقم -٣٣٩- إلى رقم -٣٤٢-، وقد أيدنا رأيه وذكرنا حجتنا فى ذلك.

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٣٤.

〈عوده〉 فأبو حنيفة لايرى فى قتله قصاصا ولا دية؛ لأنه فقد بالأسر عصمته، بينما يرى أبو يوسف أن فى قتله الدية ؛ لأن الأسر لايفقده عصمته، ولأن القصاص غير ممكن لانعدام الولاية-٣٥٩-، فيلتزم القاتل بالدية ضمانا عن القتل، لأن للمحاكم الإسلامية أن تقضى بالضمان عن الجريمة المرتكبة فى دار الحرب، إذا كان الجانى والمجنى عليه من أهل دار الإسلام؛ لأن ولاية المحاكم عليهما قائمة وقت المطالبة بالضمان وإن انعدمت على محل الجريمة. والفرق بين الرأيين فى هذه المسألة هو نفس الفرق فى المسألة السابقة.

[الصدر] تعليق "رقم-٣٥٩-": ولكن يجب القصاص إذا تحققت الولاية بعد ذلك لعموم أدلته وعدم تقييدها بتحقيق الولاية حال الجريمة.

[الشاوى] رأينا فى "التعليق-٣٥٩-": ما قاله السيد الصدر هو تأييد لما قاله قبل ذلك فى أرقام -٣٤٠- إلى -٣٤٢- ثم -٣٤٨- إلى -٣٥٠- وأيدناه. ومازلنا نؤيد أن القدرة اللازمة هى التى تكون وقت المحاكمة لاوقت ارتكاب الجريمة، كل ماهنالك أنه يمكن الاكتفاء بالتعزير لأن القصاص عقوبة استثنائية تسقط بالشبهة، وهنا تكون الشبهة أن مكان الجريمة لايحكم فيه بالقصاص إذا حوكم هناك، والمحاكمة فى مكان وقوع الجريمة هى الأصل.

ويسرنا أن نشير إلى أن ملاحظات السيد الصدر فى كثير من التعليقات الخاصة بهذا الموضوع هى أقرب لما توصلنا إليه فى حاشيتنا، وهذا يكفى لإقناعنا بأهمية الدراسات المقارنة للمذاهب الفقهية المختلفة والمتعددة.

215 – عدم تطبيق عقوبة القصاص ليس أساسه عدم العصمة، بل سببه وجود شبهة :

إن ما عرضه من آراء أبي يوسف أقرب للمنطق فى نظرنا مما نسبه إلى الإمام أبى حنيفة النعمان ، لكنا لا نقر ما وصفه بأن "الأسير" المسلم فى دار الحرب يفقد عصمته بحجة أنه إذا قتل لا يطبق على مرتكب هذه الجريمة عقوبة القصاص (عند أبى يوسف) ولا عقوبة الدية أيضا (عند أبى حنيفة) – لأن عدم وجوب هاتين العقوبتين المشددتين ليس معناه عدم فرض عقوبة أو جزاء تعزيري – فليس معناه فى نظرنا أن دم الأسير أصبح مباحا لا يعاقب قاتله بحجة أنه مهدر. هذا فى حالة ما إذا حوكم الجانى طبقا للشريعة فى بلد يلتزم بها .

أقصى ما يمكن قوله أن القضاء الإسلامى إذا عُرض عليه الموضوع وكان مختصا به (استثنائيا) فإن وقوع الفعل فى دار الحرب يمكن أن يُعَدُّ شبهة توجب عدم الحكم بالعقوبة القصوى وهى عقوبة القصاص؛ بل يجب أن يكتفى بعقوبة تعزيرية .

وقد أشرنا من قبل إلى عدم قبولنا للقول بأن هناك جرائم لا تمس حقوق الجماعة ولا حق الله بحجة أنه تطبق فيها عقوبة القصاص المشددة بناء على طلب المجنى عليه أو ولى الدم عندما تتوافر شروط القصاص .

كذلك نعيد رأينا بأن القول بأن حالة الأسر يترتب عليها عدم العصمة، هذا القول لا يتفق مع مبادئ شريعتنا. وإذا كانت شريعة العدو تقضى بذلك فإن هذا لا يبرر نسبة هذا الحكم لشريعتنا ..

ويسرنا أنه عَدَّ الدية نوعا من الضمان (أى التعويض المدنى) – وهو كذلك فى نظرنا – وكل ما أضفناه هو أنها الحد الأدنى مع جواز إضافة تعويض تكميلى إذا تجاوز الضرر حدودها تطبيقا للمبدإ الشرعى أن "الضرر يزال" .

وعقد الذمة فى العصر الحاضر هو قانون الجنسية الذى يعترف لغير المسلم بصفة مواطن يحمل جنسية الدولة، والجنسية كما قلنا هى علاقة سياسية بين الدولة ورعاياها جميعا مسلمين وغير مسلمين .

أما عقد الأمان فهو تأشيرة الدخول التى تعطى للأجنبى للإقامة المؤقتة القصيرة أو الطويلة فى إقليم الدولة التى منحته تأشيرة الدخول، وبطاقة الإقامة حسب نظامها.

عوده ٦١١ـ *النظرية الثالثة* : وهى نظرية مالك(١) والشافعى(٢) وأحمد(٣) وهم يرون أن الشريعة تطبق على كل جريمة ترتكب فى أى مكان داخل حدود دار الإسلام، سواء كان مرتكب الجريمة مسلما أو ذميا أو مستأمنا؛ لأن المسلم ملزم بطبيعة إسلامه بأحكام الشريعة، والذمى ملزم بأحكام الشريعة بعقد الذمة الذى التزم بمقتضاه أحكام الإسلام التزاما دائما فى مقابل الأمان الدائم والعصمة الدائمة لنفسه ولماله، والمستأمن ملزم بأحكام الشريعة بطلبه الأمان، ودخوله أرض الإسلام بعد إعطائه الأمان، فحكمه حكم الذمى. ولايختلف المستأمن عن الذمى إلا فى أن المستأمن إقامته بدار الإسلام مؤقتة، والذمى إقامته مؤبدة. وإذا هرب المستأمن من دار الإسلام بعد ارتكابه جريمة ما، فلا تسقط العقوبة بهربه وخروجه من دار الإسلام، بل تستوفى العقوبة حين القدرة عليه.

كذلك تطبق الشريعة عند هؤلاء الأئمة على كل جريمة ارتكبها مسلم أو ذمى فى دار الحرب، بخلاف جرائم الحربى المستأمن التى يرتكبها فى دار الحرب فإنه لايعاقب عليها فى دار الإسلام؛ لأنه لم يلزم أحكام الإسلام إلا من يوم دخوله داره-٣٦٠-. أما المسلم والذمى فيستوى فى حقهما ارتكاب الفعل المحرم فى دار الإسلام أو فى دار الحرب مادام الإسلام يحرمه. وإذا كان اختلاف الدارين لايؤثر على تحريم الفعل، فإنه لايؤثر بالتالى على العقوبة المقررة جزاء على إتيان الفعل المحرم.

ويعاقب المسلم والذمى على الجرائم التى يرتكبها أحدهما فى دار الحرب، ولو كان الفعل مباحا فى دار الحرب كالربا، مادامت الشريعة الإسلامية تحرم على أحدهما هذا الفعل.

أما إذا كان الفعل محرما فى دار الحرب ولكن الشريعة الإسلامية تبيحه، فلا عقاب على من ارتكبه فى دار الحرب.

وإذا ارتكب الذمى جريمة فى دار الحرب وكان قد ترك دار الإسلام بقصد عدم العودة إليها، فلا يعاقب عليها إذا عاد إلى دار الإسلام؛ لأنه يصبح حربيا بتركه دار الإسلام-٣٦١- ، وتزول صفته كذمى، فلا يعود ملتزما بأحكام الإسلام، وإذا عاد إلى دار الإسلام فإنه يعود بحسبانه حربيا مستأمنا ذميا.

الصدر تعليق "رقم-٣٦٠-": وهذا يكفى فى عقابه على جرائمه السابقة وإن كانت فى دار الحرب.

الصدر تعليق "رقم-٣٦١-": صيرورته حربيا لايمنع من معاقبته بعد القدرة عليه كما مر علينا ذلك قريبا. وعدم التزامه بأحكام الإسلام لايمنع من تطبيق أحكامه عليه مع الإمكان.

---

(١) مواهب الجليل جـ ٣ ص ٣٥٥،١٦٥، المدونة جـ ١٦ ص ٩١.

(٢) المهذب جـ ٢ ص ٣٥٨.

(٣) المغنى جـ ١٠ ص ٥٣٧،٤٣٩، الشرح الكبير جـ ٩ ص ٣٨٣.

عوده وإذا ارتد المسلم وترك دار الإسلام، وارتكب جريمة بعد ذلك فى دار الحرب فلا يعاقب عليها فى دار الإسلام ولو عاد مسلما؛ لأنه أصبح بردته وترك دار الإسلام حربيا، فلم يكن ملتزما وقت الجريمة بأحكام الإسلام-٣٦٢- .

ويَعُدُّ هؤلاء الفقهاء المعسكر الإسلامى أرضا إسلامية ولو كان فى دار الحرب، ولكن يستوى عندهم أن ترتكب الجرائم فى المعسكر أو فى خارجه، لأن الجرائم التى ترتكب فى دار الإسلام أو فى دار الحرب معاقب عليها عندهم على الوجه الذى سبق بيانه.

ويرى مالك والضافى ألاّ يؤخر العقاب على الجرائم التى يرتكبها الجنود إلى حين عودهم إلى دار الإسلام، بل تنفذ العقوبات كلما استحقت إلا إذا لم يكن لأمير الجيش حق توقيع العقوبة، وإلا إذا كان بالمسلمين حاجة إلى الجانى، أو كان لهم به قوة، وهذا الاستثناء الأخير للشافعى خاصة.

ويرى أحمد تأخير تنفيذ العقوبة حتى يعود الجند إلى دار الإسلام، أو حتى يعود الجانى وحده، وهذا الرأى يتفق مع رأى أبى حنيفة، وقد سبق أن بسطناه-٣٦٣- .

الصدر تعليق "رقم-٣٦٢-": مر علينا قريبا أن عدم التزامه بأحكام الإسلام لايمنع من معاقبته على الجريمة، إلا أن يتمسك القائل بعدم العقاب بالحديث المشهور (الإسلام يجب ماقبله)، ولكن يرد على الاستدلال بالحديث المذكور أن ظاهر الحديث اختصاصه بالإسلام الابتدائى ولايشمل الإسلام المسبوق بالارتداد لأن ظاهر ماقبله أن ماوقع منه لم يكن مسبوقا بالإسلام بل هو ملحوق به، ومايصدر من المرتد الذى يعود إلى الإسلام إنما صدر منه بعد إسلامه السابق وقبل إسلامه اللاحق فلايكون مشمولا للحديث المبارك. هذا مضافا إلى ضعف سند الحديث المذكور وعدم حجيته، وإنما اعتمدنا عليه فى الإسلام الابتدائى لاعتضاده بالسيرة القطعية إذ لم يعهد فى عهد النبوة الزاهر ولا فيما بعده من العهود الإسلامية أن عوقب الكافر بعد إسلامه على ماصدر منه من الجرائم حال كفره، ولم تثبت السيرة بالنسبة إلى من أسلم بعد الارتداد.

الصدر تعليق "رقم-٣٦٣-": وقد سبق أن ذكرنا أن ذلك هو الرأى الراجح عند فقهاء المذهب الجعفرى، ويمكن الاستدلال على تأخير خصوص الحدود بما روى عن الإمام جعفر بن محمد الصادق (ع) أنه قال : "لاتقام الحدود بأرض العدو".

الشاوى رأينا فى "التعليقات-٣٦٠-إلى-٣٦٣-": يسرى عليها ماقلناه فى مناقشتنا للتعليق رقم ٣٥٧. ومع ذلك فلابد أن نكرر ملاحظتنا من أنه يحتج دائما بالأخبار، أما نحن فنفضل إعمال المبادئ العامة التى أشرنا إليها مرارا. فسقوط الحدود عن الجرائم التى ترتكب "بأرض العدو" كما يقول أساسه فى نظرنا أنها عقوبات استثنائية تسقط بالشبهة كما قلنا من قبل، وإذا كان هو يشير فى تعليقه رقم ٣٦٣ إلى مانقل عن الإمام جعفر بن محمد الصادق فإنه كان تأكيدا لالتزام هذا الإمام بتلك القاعدة الأساسية.

عوده وإذا كانت القاعدة عند الأئمة الثلاثة هى عقاب المسلم والذمى على الجرائم التى يرتكباها فى دار الحرب، فإن هذه القاعدة تنطبق على جرائم الحدود، وجرائم القصاص والدية، وجرائم التعازير التى نصت عليها الشريعة، وكذلك جرائم التعازير التى ينص عليها أولو الأمر. ولكن القاعدة لاتنطبق على كل هذه الجرائم بدرجة واحدة؛ لاختلاف طبيعة كل نوع عن الآخر. فجرائم الحدود والقصاص التى ترتكب فى دار الحرب يجب العقاب عليها، وليس لولى الأمر حق العفو عن العقوبة أو الجريمة. وجرائم التعازير التى نصت عليها الشريعة يجب العقاب عليها، ولكن لولى الأمر أن يعفو عن الجريمة بعد وقوعها، وأن يعفو عن العقوبة كلها أو بعضها بعد الحكم بها. أما جرائم التعازير التى ينشئها ولى الأمر فيجوز أن يعاقب عليها إذا رأى ذلك ولى الأمر، ويجوز ألاّ يعاقب عليها، لأن ولى الأمر هو الذى حرم الأفعال المكونة لهذه الجرائم، ويجوز له أن يبيحها وألاّ يعاقب عليها إذا وقعت فى دار الحرب. ومعنى هذا أن العقاب على الجرائم التى ترتكب فى دار الحرب ليس واجبا فى كل الجرائم.

هذا هو مقتضى نظرية الأئمة الثلاثة. أما نظريتا أبى حنيفة وأبى يوسف، فمقتضاهما أن لاعقاب على أى جريمة-٣٦٤- ترتكب فى دار الحرب مهما كان نوعها، لأن العقاب أساسه الولاية على محل الجريمة وقت ارتكابها، والولاية منعدمة فى كل الأحوال.

الصدر تعليق "رقم-٣٦٤-": مر علينا قريبا أن الرأى الراجح عند فقهاء المذهب الجعفرى هو لزوم العقاب على أى جريمة ترتكب، وإن كان اللازم تأخيره إذا وقعت الجريمة فى دار الحرب إلى رجوع المسلم إلى دار الإسلام.

الشاوى رأينا فى "التعليق-٣٦٤-": مذهب الجعفرية الذى يشير إليه السيد الصدر هو تطبيق سليم لمبدإ وجوب محاكمة المسلم أو الذمى (وكلاهما مواطن لايجوز تسليمه)، ويجب محاكمته على جرائمه فى الخارج بدلا من تسليمه إلى البلد الذى وقعت فيه الجريمة لمحاكمته هناك، وحتى لاتبقى الجريمة دون عقاب بسبب عدم جواز التسليم... ومعنى ذلك أنه إذا كان قد حوكم فعلا فى البلد التى وقعت فيها الجريمة أو أى بلد أجنبى آخر، فلا بد أن يؤخذ هذا بعين الاهتمام ولايجوز أن يحاكم على فعل واحد مرتين، وكنا نود لو أنه أشار لذلك فى التعليقين رقم -٣٦٠- و -٣٦١-.

216 – التمييز بين اختصاص القضاء وولاية الشريعة :

إن ما عرضه من اختلافات بين آراء الأئمة الثلاثة (مالك والشافعي وأحمد) يؤيد قولنا إن التقنين الشرعي يجب أن يختار الرأى الذى يطبق على الجميع فى بلد معين مع مراعاة ظروف الزمان والمكان لكى يطبق القضاة حكما موحدا .

وما يقوله عن أحكام الجرائم التى يرتكبها المسلم أو الذمى فيما يسميه دار الحرب يجب فى نظرنا أن نميز فيه بين ما يتعلق باختصاص القضاء وما يتعلق بولاية الشريعة، لأن الأحكام التكليفية (مثل تحريم أكل مال الناس بالباطل أوتحريم العدوان على حرمات الناس وحياتهم وأبدانهم وأموالهم وحقوقهم فى شريعتنا) لها فى نظرنا ولاية شخصية، إذ يلتزم بها المسلم حتى فى خارج إقليم دار الإسلام برغم أن قضاءنا لا ولاية له على الجرائم التى تُرتكب فى الخارج....

كما أننا بينا دائما أنه لايجوز عَدُّ الدول الأجنبية كلها دار حرب فى هذا العصر لأنها دار عهد وسلم، لوجود معاهدات ثنائية وجماعية تقر حالة السلم بل التعاون الدولى بين جميع الشعوب. فوصف دار الحرب يجب أن يكون محصورا فى البلاد التى نكون معها فى حالة حرب – وطول مدة الحرب فقط – كما حدث بالنسبة لإسرائيل ...

ويلاحظ أن القول بعقاب الجانى (المسلم الذمى) عن جريمة ارتكبها فى الخارج، إنما يكون فى حالة عدم محاكمته عنها فى أى بلد آخر (وبسبب عدم جواز تسليمه للبلد الذى وقعت فيه الجريمة)، ولكن يجوز فى نظرنا (إذا كان قد حوكم فعلا فى الخارج وحكم عليه بالعقوبة) أن تفرض عليه تعازير وقائية أو إصلاحية لأنها ليست عقوبة، ويمكن أن تضاف إلى العقوبة التى فرضت عليه فى الخارج إذا لم تكن كافية فى نظر قضائنا .

﴿عوده﴾ ٢١٧ـ *بين الشريعة والقانون* : هذه هى النظريات الإسلامية الثلاث وهى تكاد تكون نفس النظريات التى عرفتها القوانين الوضعية حتى اليوم. فقد عرفت القوانين الوضعية ثلاث نظريات مماثلة : أولاها، تقضى بتطبيق القانون على رعايا الدولة دون غيرهم فى الداخل والخارج، وقد كانت هذه النظرية سائدة فى القرون الوسطى، وهى تماثل نظرية أبى حنيفة فيما يختص بتطبيق القانون فى إقليم الدولة على رعاياها فقط دون الأجانب، ولكنها تخالف نظرية أبى حنيفة-٣٦٥- فى أن القانون يتبع الرعايا فى الخارج، الأمر الذى لايراه أبو حنيفة. والثانية، تقضى بتطبيق القانون على جميع المقيمين فى أرض الدولة من وطنيين وأجانب على مايقع منهم داخل أرض الدولة فقط من الجرائم، أما مايقع منهم فى الخارج فلا عقاب عليه، وقد ظلت هذه النظرية سائدة حتى القرن التاسع عشر، وهى نفس نظرية أبى يوسف. والثالثة، تقضى بتطبيق القوانين على كل المقيمين بأرض الدولة من وطنيين وأجانب إذا ارتكبوا أى جريمة داخل حدود الدولة، كما تقضى بتطبيق القوانين على بعض الجرائم التى ترتكب خارج أرض الدولة، وهذه النظرية هى السائدة اليوم فى القوانين الوضعية، وهى النظرية التى أخذ بها قانون العقوبات المصرى، ولافرق بين هذه النظرية ونظرية مالك والشافعى وأحمد، إلا أن نظرية الفقهاء الإسلاميين-٣٦٦- تجعل العقاب واجبا فى بعض الجرائم التى تقع فى الخارج ولا خيار لولى الأمر فيه، وتترك لولى الأمر أن يعاقب على البعض الآخر إن رأى مصلحة فى ذلك، أما النظرية القانونية فتترك للهيئة التشريعية أن تعاقب على ماترى مصلحة فى العقاب عليه من الجرائم التى تقع فى الخارج، وهذا الفرق ليس له أثر كبير من الوجهة العملية، لأن الجرائم التى يجب فيها العقاب طبقا للنظرية الإسلامية هى أخطر الجرائم وأهمها، ومصلحة الدولة تقتضى العقاب عليها.

[الصدر] تعليق "رقم-٣٦٥-": ولكنها موافقة فى هذه الناحية لنظرية فقهاء المذهب الجعفرى كما مر علينا ذلك قريبا.

[الصدر] تعليق "رقم-٣٦٦-": ومنهم فقهاء المذهب الجعفرى.

[الشاوى] رأينا فى "التعليقين-٣٦٦-،-٣٦٦-": السيد الصدر يؤيد رأيه السابق فى تعليقاته أرقام ٣٣٩ وماتلاه باعتراضه على مانسبه فقيهنا للإمام أبى حنيفة، ويقول إن هذه هى نظرية فقهاء المذهب الجعفرى.

ورأينا هو أن شريعتنا تطبق على جميع الجرائم التى تقع فى بلادنا سواء كان مرتكبها مواطنا أو أجنبيا.

أما الجرائم التى ترتكب فى الخارج فلا تختص بها محاكمنا ولاتطبق فيها شريعتنا إلا فى حالات محدودة وبشروط أولها ألا يكون الجانى قد عوقب عليها فعلا فى أى بلد آخر.. وثانيها أن يكون الجانى لايجوز تسليمه للدولة التى وقعت الجريمة على أرضها — وهذا خاص بالمواطنين (مسلمين وذميين).

﴿عوده﴾ ٢١٨ ـ *كيف يمكن تطبيق النظريات الإسلامية مع تعدد دول الإسلام* ؟ : يلاحظ على النظريات الإسلامية أنها تقسم العالم قسمين : دار الإسلام، ودار حرب، وقد يظن البعض أن هذا يقتضي أن تكون البلاد الإسلامية كلها تحت حكم دولة واحدة، والبلاد الأجنبية كلها تحت حكم دولة واحدة، وهو ظن لا أساس له من الواقع. فالنظريات الإسلامية لم توضع على أساس أن تكون البلاد الإسلامية محكومة بحكومة واحدة، وإنما وضعت على أساس ما يقتضيه الإسلام. والإسلام يقتضى أن يكون المسلمون فى كل بقاع الأرض يدا واحدة، يتجهون اتجاها واحدا وتسوسهم سياسة واحدة. وأبسط الصور وأكفلها بتحقيق هذه الغاية أن تكون كل بلاد الإسلام تحت حكم دولة واحدة. ولكن ليست هذه هى الصورة الوحيدة التى تحقق أهداف الإسلام، لأن هذه الأهداف يمكن أن تحقق مع قيام دول متعددة-٣٦٧- فى دار الإسلام مادامت هذه الدول تتجه اتجاها واحدا، وتسير على سياسة واحدة. والإسلام لايتنافى مع نظام كنظام الولايات المتحدة الأمريكية، ولا مع نظام كنظام الولايات السوفيتية القائم فى روسيا، ولا مع نظام كنظام الدمنيون الإنجليز، ولايتنافى مع النظام القائم الآن فى البلاد العربية بعد قيام الجامعة العربية التى تعمل على توحيد الاتجاهات والسياسات فى الدول العربية المختلفة، ولايتنافى مع قيام جامعة إسلامية تتكون من كل الدول الإسلامية، وتشرف عليها وتعمل على توحيد أغراضها واتجاهاتها، وعلى حل مايثور فيها من نزاع داخلى. ولايتنافى الإسلام مع أى نظام آخر مادام هذا النظام يحقق الأهداف الإسلامية، وأن هذه الأهداف هى أن يكون المسلمون يدا واحدة على من عداهم، وأن يكون اتجاههم واحدا وسياستهم واحدة-٣٦٨- .

وليس أدل على صحة مانقول من أن النظريات الإسلامية وضعت فى عهد العباسيين بعد أن انقسمت الدولة الإسلامية الأولى إلى ثلاث دول : دولة العباسيين فى المشرق، ودولة العلويين فى المغرب، ودولة الأمويين فى الأندلس، وقد ظلت هذه النظريات تطبق بعد أن أصبح فى كل قطر إسلامى دولة إسلامية.

﴿الصدر﴾ تعليق "رقم-٣٦٧-": بشرط أن تكون جميعها خاضعة لأمر الإمام (ع) وإرادته فى ظرف وجوده وترأسه للدولة الإسلامية، وأما فى ظرف عدم وجوده وغيبته فلا محل للشرط المذكور.

﴿الصدر﴾ تعليق "رقم-٣٦٨-": والجميع يجب عليهم إطاعة الإمام المعصوم حال ترأسه للدولة الإسلامية.

﴿الشاوى﴾ رأينا فى "التعليقين-٣٦٨-، -٣٦٨-": يشير إلى الامتيازات التى يقول بها الجعفرية للإمام المعصوم فى حالة وجوده وعدم غيبته، ولايعترف بها فقه السنة. أما فى حال الغيبة – فى عصرنا الحالى – فالرأى واحد لدى الجميع.

وتعدد الدول الإسلامية أصبح أمرا واقعا لايمكن إنكاره ولاتجاهله، ولذلك فإن السيد الصدر يؤيد ماقاله فقيهنا لأننا الآن فى حالة غيبة الإمام عندهم...

〈عوده〉 وتَعُدُّ النظريات الإسلامية كل البلاد الأجنبية دار حرب واحدة مع اختلاف الدول التى تحكمها، فقد كان المسلمون يحاربون الترك والروس والهنود والإسبان والفرنسيين والرومان، وكانوا يَعُدُّون بلاد كل هؤلاء وغيرهم دار حرب.

فالمقصود إذن من تقسيم العالم إلى دار إسلام ودار حرب ليس جعل العالم تحت حكم دولتين أو وحدتين سياسيتين، وإنما هو تقسيم العالم إلى قسمين : أحدهما : دار أمن وسلام للمسلمين، والثانى: دار خوف وعداء للمسلمين، وبيان الأحكام التى تسرى على المقيمين فى كل دار، وقد عُدَّت البلاد الإسلامية على اختلاف حكوماتها دارا واحدة، لأنها محكومة بقانون واحد هو الشريعة الإسلامية، فهى من هذه الوجهة وحدة قانونية لا تختلف فيها الأحكام باختلاف الجهات ولا باختلاف الأجناس، وعُدَّت البلاد غير الإسلامية دارا واحدة؛ لأن الأحكام التى تسرى عليها طبقا للشريعة الإسلامية أحكام واحدة لاتختلف باختلاف الجهات واختلاف الأجناس. وهذا هو الأساس الصحيح لتقسيم العالم إلى دار حرب ودار إسلام.

وعلى هذا، فتعدد الدول الإسلامية لن يمنع اليوم من تطبيق النظريات الإسلامية، كما لم يمنع من تطبيقها قديما، فقد طبقها الأندلسيون فى الأندلس، والمغاربة فى المغرب، والعلويون فى مصر، والعباسيون فى بغداد، ونستطيع اليوم أن نطبقها فى مصر وفى لبنان وفى سوريا والعراق والحجاز والباكستان وفى المغرب، وفى كل بلد إسلامى له حكومة تحكمه وحدود تحده.

ومن السهل تطبيق النظريات الإسلامية اليوم، ولكن تطبيقها يقتضى من كل دولة إسلامية أن تَعُدَّ نفسها ممثلة للإسلام فى جميع بقاع العالم لا فى داخل حدودها فقط. فمثلا إذا أردنا أن نطبق نظرية أبى حنيفة فى مصر، فإننا نعاقب أولا كل من يرتكب جريمة داخل حدود البلاد المصرية مسلما كان الجانى أو ذميا، مصريا أو شاميا أو عراقيا أو فلسطينيا أو فارسيا وهكذا، لأن كل فرد من رعايا أى دولة إسلامية لا يُعَدُّ أجنبيا بالنسبة لأى دولة إسلامية أخرى، ولأن بلاد الإسلام كلها دار واحدة. تحكمها شريعة واحدة، ونعاقب ثانيا كل هؤلاء على أى جريمة يرتكبونها فى أى بلد إسلامى آخر، سواء كانوا يقيمون فى مصر إقامة دائمة أو إقامة مؤقتة، بشرط ألاّيكونوا قد عوقبوا على هذه الجريمة فى محل ارتكابها، أو فى أى بلد إسلامى آخر؛ فإذا كانوا قد عوقبوا على الجريمة فى أى بلد إسلامى آخر بغير العقوبة التى توجبها الشريعة، وجب أن يعاقبوا مرة ثانية بالعقوبة المقررة فى الشريعة، لأن بلاد الإسلام كلها دار واحدة مهما اختلفت حكوماتها، ولأن الإسلام يوجب على كل دولة إسلامية أن تقيم أحكامه وأن تبادر إلى تغيير المنكر والنهى عنه، ومن تغيير المنكر أن تبادر الدولة بتوقيع العقوبة التى توجبها الشريعة على من استحقها.

(عوده) وماسبق يصدق على جرائم الحدود، وجرائم القصاص والدية، وجرائم التعازير التى نصت عليها الشريعة مع ملاحظة أن لولى الأمر فى جرائم التعازير حق العفو-٣٦٩- عن الجريمة والعفو عن العقوبة، وليس له ذلك فى جرائم الحدود، ولا فى جرائم القصاص والدية. أما جرائم التعازير التى يحرمها أولو الأمر فلا يصدق عليها ماقلنا، ولايعاقب عليها إلا إذا كان الفعل محرما فى محل وقوعه، ومحل المحاكمة عليه. فإذا كان الفعل مباحا فى محل وقوعه امتنع العقاب عليه فى أى دولة أخرى، وإذا كان محرما فى محل وقوعه فقط امتنع العقاب عليه فى أى محل آخر.

وأساس التفرقة بين جرائم الحدود وجرائم القصاص من جهة، وبين جرائم التعازير من جهة أخرى، أن إقامة العقوبات فى جرائم الحدود واجبة على كل مسلم، لايصح تأخيرها، ولايجوز العفو عنها، وأن عقوبات جرائم القصاص واجبة مالم يعف عنها المجنى عليه أو ولى دمه. فإذا لم تقم حكومة إسلامية عقوبات الحدود والقصاص وجبت إقامتها على الحكومات الأخرى، وإن لم تقمها الحكومات وجبت على الأفراد، أما عقوبات التعازير فيجوز إيقاف تنفيذها والعفو عنها.

وأساس التفرقة بين جرائم التعازير التى نصت عليها الشريعة، وجرائم التعازير التى حرمها أولو الأمر، أن الأفعال المكونة للنوع الأول لايجوز إباحتها وإن جاز العفو

(الصدر) تعليق "رقم-٣٦٩-": ليس له حق ذلك إذا كان الشارع قد حكم بكونها جريمة، وإنما له حق العفو عن العقاب فى غير الجريمة التى أمر الشارع بالمعاقبة عليها.

(الشاوى) رأينا فى "التعليق-٣٦٩-": يوجب علينا أن نذكّر باختلافنا مع فقيهنا والسيد الصدر معا بشأن المقصود بأولياء الأمر فى العفو وفى كل مايتعلق بالتشريع والقضاء، وأنه ليس رئيس الدولة كما يقول كثيرون بل هم أهل الاجتهاد. وإذا كان القرار يصدر من رئيس الدولة فيكون ذلك بناء على طلبهم.

التفرقة بين عقوبات الحدود والقصاص من ناحية والتعازير من ناحية أخرى هى تفرقة دقيقة، ومرجعها أن الحدود والقصاص عقوبات قصوى استثنائية أمر الشارع بسقوطها كلما وجدت شبهة - لذلك فإننا نشير إلى ماذكرناه من قبل من أننا نفضل الرأى الذى رجحه السيد الصدر فى تعليقه رقم ٣٤٥ عن أنه فى حالة محاكمة الجانى عن جريمة ارتكبت فى دار الحرب، أو فى الخارج، نرى استبعاد العقوبات القصوى الاستثنائية أى الحدود والقصاص والاكتفاء بالتعازير دائما..

والتفرقة بين التعازير عن المعاصى الشرعية (التى وردت بشأنها أحكام شرعية تكليفية)، وغيرها مما حرمه "أولياء الأمر" فى بلد معين وزمان معين، التى أقرها السيد الصدر فى تعليقيه رقمى ٣٦٩ و ٣٧١، لها نظير فى القوانين الوضعية التى تشترط لمحاكمة مرتكب جريمة فى الخارج أن يكون معاقبا عليها فى البلدين.

〈عوده〉 عن الجريمة وعقوبتها، أما الأفعال المكونة للنوع الثانى فيجوز إباحتها بعد تحريمها فضلا عن جواز العفو عن الجريمة وعقوبتها.

وإذا أردنا أن نطبق نظرية أبى يوسف، فإنا نعاقب فوق ماتقدم كل مستأمن ارتكب جريمة فى أى بلد إسلامى إذا لم يعاقب عليها فى محل ارتكابها أو عوقب عليها بغير العقوبة المقررة شرعا، لأنه بدخوله هذا البلد الإسلامى التزم بأحكام الإسلام، وتلك الأحكام تلزم كل دولة إسلامية أن تطبقها. وعلى هذا، تكون كل دولة إسلامية قادرة على أن تعاقب طبقا للشريعة كل مسلم أو ذمى أو مستأمن ارتكب جريمة فى دار الإسلام سواء كان محل الجريمة واقعا فى حدود الدولة التى توقع العقوبة أو فى حدود دولة إسلامية أخرى.

وإذا أردنا أن نطبق نظرية مالك والشافعى وأحمد فإنا نعاقب على الحالات الثلاث السابقة، ونعاقب فوق ذلك كل مسلم أو ذمى من رعايا مصر أو من رعايا أى دولة إسلامية على مايرتكبه فى دار الحرب من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية وجرائم التعازير التى نصت عليها الشريعة. ولكل دولة إسلامية أخرى مثل هذا الحق على رعايا الدول الإسلامية الباقية، لأن من واجب كل حكومة إسلامية أن تقيم الحدود ولا تؤخرها، فإذا تركتها حكومة وجبت على أى حكومة أخرى-٣٧٠- تستطيعها. أما إذا كانت الجرائم الواقعة فى الخارج تعازير مما حرمها الشارع، فيعاقب عليها فى كل دولة تحرمها رعايا هذه الدولة ورعايا الدول الإسلامية الأخرى إذا كانت قوانين تلك الدول تعاقب عليها، فإن لم تكن تعاقب عليها فلا يصح أن يعاقب عليها رعاياها فى أى دولة إسلامية أخرى ولو كانت هذه الدولة تحرمها، لأن عدم العقاب عليها فى الدولة التى يتبعها الجانى يُعَدُّ إباحة لها-٣٧١-. وإذا لجأ الجانى بعد ارتكاب الجريمة التى تحرمها دولته إلى دولة إسلامية أخرى لاتحرمها فلا يصح أن يحاكم الجانى على الجريمة فى الدولة التى لجأ إليها، لأن الفعل مباح طبقا لقوانينها، وإنما يصح أن يسلم الجانى لدولته لتعاقبه إذا طلبت ذلك.

وليس من الضرورى للعقاب على الأفعال التى تقع فى دار الحرب أن تكون معدودة جرائم فى دار الحرب، لأن العقاب يجب طبقا للشريعة التى يلتزم المسلم والذمى بأحكامها أينما كان أحدهم، فيستوى إذن أن يكون الفعل مباحا فى دار الحرب أو محرما.

〈الصدر〉 تعليق "رقم-٣٧٠-": وهذا هو القول الراجح كما مر عليك ذلك قريبا.

〈الشاوى〉 رأينا فى "التعليق-٣٧٠-": يؤيد ماقاله فقيهنا من أن قضاء كل دولة إسلامية يلتزم بتطبيق الشريعة على الجرائم التى يرتكبها مسلمون ولو لم يكونوا من رعايا تلك الدولة – لأن المسلمين جميعا أمة واحدة تلتزم بالشريعة رغم اختلاف الدول أو تعددها.

〈الصدر〉 تعليق "رقم-٣٧١-": لايصح إباحة ماحرمه الله وأوجبه. نعم يصح ماذكره المؤلف فيما حرم لنهى رئيس الدولة عنه.

آراء فقهائنا المختلفة المتعددة يوجَد ما يماثلها فى الفقه العصرى وفى القوانين الوضعية. والمشكلة فى نظرنا هى اختيار الرأى الذى يتناسب مع ظروف زماننا وظروف كل بلد من بلادنا؛ وقد ذكرنا أننا لانوافق على القول بأنه لايوجد فى العالم إلا دار حرب ودار إسلام، لأنه لايتفق مع أحوال العالم اليوم لأن جميع الدول قد تعاهدت وتواصلت وأصبحت كلها دار عهد وسلام، وإذا وجدت حالة حرب قانونا أو فعلا فهى محدودة زمانا ومكانا .

ثم إن "دار الإسلام" لم تعد بالصورة التى تحدث عنها الفقهاء من قبل عندما قالوا إنها هى البلاد التى تحكم بالشريعة الإسلامية؛ لأن كثيرا من الدول الإسلامية لاتلتزم الآن بتطبيق الشريعة؛ بل هناك من يعاقبون الذين يدعون إلى تطبيقها أو يطالبون به ويتهمونهم بالتطرف أو الرجعية أو التآمر أو الإرهاب؛ وهناك من يحرضون الدول الأجنبية للقضاء على المطالبين بتطبيق الشريعة إذا لجئوا إليها بل يلومون ساستها – ويعاقبونهم لأنهم يؤوونهم فى البلاد الأجنبية التى لجئوا إليها هربا من اضطهاد بعض السلطات فى بلادهم .. وهناك من يحرمون شعوبهم من الانتخابات الحرة إذا أدت إلى نجاح من يدعون للإسلام وشريعته؛ ويعللون ذلك بأن القوى الأجنبية ذات النفوذ العالمى تريد ذلك وأن العالم أصبح قرية واحدة يحكمها نظام عالمى غير إسلامى تسيطر عليه قوى أجنبية تمثل أغلبية على المستوى الدولى. إنهم يلتزمون بالسير مع "الأغلبية" غير الإسلامية فى هذا النظام الدولى، وهى فى نظرهم تكره الإسلام وتعادى "الأصوليين" الذين يطالبون بتطبيق الشريعة، ويفضلون أن يلتزموا بما تفرضه علينا القوى الأجنبية. هذه ناحية .

وناحية أخرى – أن فقهاءنا يصفون دار الإسلام بأنها دار أمن للمسلمين، وأن دار الحرب دار خوف وعداء للمسلمين، ويجب أن يستثنى من ذلك بعض الحالات عندما نرى من يطالبون بتطبيق الشريعة يجدون فى بعض البلاد الأجنبية أمنا لايتوافر لهم فى بلادهم التى ينتمون إليها والتى يَعُدُّها البعض بلادا إسلامية ولو كانت تضطهد من يطالبون بتطبيقها.

إن البحث فى تطبيق الشريعة الإسلامية على أفعال الأفراد فى الخارج يستلزم البحث فى تطبيقها عليهم فى الداخل أولا، وكذلك فى تطبيقها على "الدول" ذاتها ومن يتولون السلطة فيها – وكثير منهم لايعترف بالشريعة فى الأوضاع الحالية، ولا يخضع لأحكامها فى حياته الخاصة أو فى ممارسته لسلطات الدولة .

إن لنا فى هذا الشأن رأيا خاصًا هو أن تطبيق العقوبات الشرعية وبخاصة الحدود لايجوز أن يقوم به حكام لايلزمون أنفسهم بأحكام الشريعة، أو يبيحون لأنفسهم مخالفتها والتباهى

۞ السلطة التي لاتلتزم بأحكام الشريعة يجب تصحيحها بدلا من قيام الأفراد بتنفيذ الحدود على غيرهم :

بعدم الالتزام بها ثم يطالبهم البعض بتطبيق الحدود – وقد يزعمون أنهم سوف يطبقونها على الأفراد.. فالشرط الأول لتطبيق الحدود أو المطالبة بها هو إقامة السلطة التى تخضع للشريعة والحكومات التى تلتزم بها هى أولا، وكثير من بلادنا لم تتجاوز هذه المرحلة، ولا نعتقد أن سلطات تلك الدول تكون مؤهلة لتطبيق الحدود على الأفراد قبل أن تطبق عليهم وعلى أعوانهم، ولايجوز فى نظرنا أن نطالب هذه الحكومات الجائرة بتطبيق الحدود على الأفراد – ولا أن نقبل منهم ذلك ونصفهم بأنهم طبقوا الشريعة لمجرد أنهم طبقوا الحدود على غيرهم وهم أول من يجب أن تطبق عليهم تلك الحدود. فإذا لم يستطع المسلمون إقامة هذه السلطة التى تخضع للشريعة وتلتزم بها، فلا يستطيعون أن يصفوا بلادهم بأنها دار إسلام إلا بعد ذلك ...وعلى ذلك، فإن كل ما قاله فى هذا الشأن هو أحكام مستقبلية سابقة لأوانها فى نظر من يطالبون بتطبيق الشريعة؛ ويأملون فى تحقيق ذلك فى المستقبل لأنهم لم يصلوا لذلك فى بلادهم. أما الذين يعارضونها فيدَّعون أنها قد مضى زمانها، ومنهم كثيرون يغتصبون السلطة ويحكمون بأهوائهم ويلتزمون بقرارات أعداء الإسلام وسياساتهم .. بل ونرى بعضهم يتحالف مع القوى الأجنبية لمنع تطبيق الشريعة والقضاء على من يعملون لهذا بحجة أنهم "أصوليون" أو أنهم متشددون أو متطرفون .

بل نخشى أن يزين لهم فقهاء السلاطين أنهم مؤهلون لمعاقبة الأفراد الذين يَعُدّونهم خصوما أو معارضين زاعمين أنهم يطبقون الحدود أو الأحكام الشرعية التى يرفضون الالتزام بها هم وأعوانهم.. فهؤلاء يصدق عليهم قول الحق تبارك وتعالى بأنهم يؤمنون ببعض الكتاب ويكفرون ببعض ...

ولا داعى لتكرار ما قلناه عن معارضتنا للقول الجزافى بأن "كل البلاد الأجنبية دار حرب واحدة" !!! – رغم تأييدنا لقوله إن البلاد الإسلامية إنما تعد دار إسلام لأنها محكومة بالشريعة الإسلامية – وهذا ما نتمناه ونعمل له ... لكنا بكل أسف نرى أن الطريق لذلك طويل، بل ومحفوف بالأخطار والمخاوف ...

{ب/٣٩٣}

❁ أول مبادئ شريعتنا التي ندعو لتطبيقها هو أن المسلمين جميعا أمة واحدة ويجوز لكل فرد من أفرادها التنقل بين جميع الدول الإسلامية

ونتمنى أن يكون أول ما تطبقه دولنا هو دعوته إلى أن كل رعايا الدول الإسلامية لا يجوز عَدُّهم أجانب بالنسبة لأى دولة إسلامية أخرى.. ونحن فى هذا قد نقر لتلك الدول بهذه الصفة حتى ولو لم يطبقوا من شريعتنا إلا هذا المبدأ.. لأننا نَعُدّ هذا بداية لما مابعدها..

أما ما قاله من أن الدولة إذا لم تطبق عقوبات الحدود والقصاص فإنه يجب على الأفراد أن يطبقوها ... فلا نوافق عليه. بل الأصح فى نظرنا أن الأفراد ملزمون بالجهاد لإقامة الدولة التى تطبق الشريعة، لا أن يطبقوا هم الحدود بدلا من الدولة أو الحكومة التى يستسلمون لجورها وبغيها ويشجعونها على ذلك باستسلامهم لها .

وأبعد من ذلك عن الصواب هو ما نقله عن بعض الآراء من التفرقة بين الحدود والقصاص وبين التعازير، ثم التفرقة بين التعازير التى تكون معاصى شرعية والتعازير التى يجرمها أولو الأمر ... والحجة فى ذلك هو أهمية العقوبات المقدرة شرعا، لكن هذه الأهمية وهذه الخطورة تستوجب ضمانات أكثر لتطبيقها. وأولى هذه الضمانات فى نظرنا هى أن تعرض على القضاء المستقل ليتأكد من توافر شروط تطبيقها شرعا وعدم وجود شبهات يترتب عليها سقوطها .... بدلا من أن نعطى لكل فرد أن يقيم نفسه قاضيا ونطالبه بالحكم على غيره من الأفراد أو تنفيذ الحكم عليهم ...

عوده ۲۱۹- *نتيجة تطبيق النظريات الإسلامية* : ويتبين مما سبق أن كل جريمة يرتكبها رعايا الدول الإسلامية فى الداخل أو فى الخارج يعاقبون عليها بالعقوبة-٣٧٢- المقررة لها فى الشريعة الإسلامية، وأن ترك الجانى بلده وهربه منها إلى بلد إسلامى آخر لاينجيه من المحاكمة وتوقيع نفس العقوبة عليه. والسبب الوحيد فى الوصول إلى هذه النتيجة هو خضوع البلاد الإسلامية جميعا لتشريع واحد هو الشريعة الإسلامية، وعَدُّ البلاد الإسلامية دارا واحدة على اختلاف أقطارها، وعَدُّ كل حكومة من حكوماتها ممثلة للحكومات الأخرى فى إقامة الحدود وتطبيق نصوص الشريعة.

هذه هى النتيجة التى يؤدى إليها تطبيق النظريات الإسلامية، وإنها لهى عين الحلم الجميل الذى يحلم به علماء القانون الوضعى حين يتمنون أن يكون القانون الجنائى موحدا فى كل الدول، وأن تُعَدَّ كل دولة ممثلة لجميع الدول الأخرى فى إقامة حق العقاب، بحيث لايستطيع المجرم أن يفلت من العقاب إذا ارتكب جريمة فى دولة وهرب لأخرى، وبحيث يعاقب على جريمته فى أى مكان يوجد به نفس العقوبة المقررة لجريمته فى محل ارتكابها.

هذا هو الحلم الجميل الذى تحلم به المجامع الدولية للقانون الجنائى، وترى فيه خير نظام يقضى على الإجرام. وهذا الحلم الجميل هو الحقيقة التى جاءت بها الشريعة الإسلامية من ثلاثة عشر قرنا، وهو النظرية التى طبقتها الشريعة من يوم نزولها أو من يوم انتشار المسلمين فى أصقاع العالم. ويكفى الشريعة فخرا أنها سبقت بمُثلها العليا وأنظمتها المثلى، وأن القوانين الوضعية بأنظمتها المبتكرة وأحلامها الجميلة إنما تسير على هدى الشريعة، وتتبع أثرها، وتعمل على منوالها، وقلَّ مع ذلك أنها تلحق بها.

۲۲۰- *مايدخل فى دار الإسلام* : يُعَدّ دارا للإسلام كل البلاد التى فيها سلطان للمسلمين سواء كان المسلمون فيها أغلبية أو أقلية، وكل البلاد التى دخلت فى ذمة المسلمين والتزم أهلها أحكام الإسلام ولو لم يكن فيها مسلمون، وكل الأماكن التى يسكنها مسلمون يستطيعون أن يظهروا أحكام الإسلام ولايمنعهم من ذلك مانع.

ويدخل فى دار الإسلام كل مايتبعها من جبال وصحارى وأنهار وبحيرات وأراض وجزر ومافوق هذه جميعا من طبقات الجو مهما ارتفعت.

ويُعَدُّ فى حكم دار الإسلام كل مكان فى دار الحرب يعسكر فيه الجيش الإسلامى، وتُعَدُّ المراكب الحربية قياسا على هذا جزءا من دار الإسلام.

الصدر تعليق "رقم-٣٧٢-": وإن لم يكونوا حال الجريمة من رعايا الدولة الإسلامية.

الشاوى رأينا فى "التعليق-٣٧٢-": نحن نؤيد ماذكره السيد الصدر ضمنا الذى أيد فيه قول فقيهنا فى وجوب تطبيق أحكام الشريعة فى جميع الدول الإسلامية على جميع المسلمين مهما اختلفت دولهم أو مواطنهم، وكنا نتمنى أن يضيف أن اختلاف المذاهب بين الدول القطرية لايمنع من ذلك.

(عوده) والأصل فى الشريعة أن البحار العامة ليست ملكا لأحد؛ وهذا يتفق مع القانون الدولى فى عصرنا الحاضر، وليس فى الشريعة مايمنع من جعل البحار الإقليمية تابعة للدولة التى تملك الشاطئ إلى حد معين.

ولم يذكر الفقهاء شيئا عن السفن غير الحربية؛ ولكن تطبيق النظرية العامة عند أبى حنيفة وأصحابه يؤدى إلى عدم العقاب على الجرائم التى ترتكب فيها إذا كانت فى مياه إقليمية تابعة لدار الحرب، أما إذا كانت فى مياه تابعة لدار الإسلام أو غير تابعة لأحد، كما لو كانت فى وسط البحر، فتطبق الشريعة الإسلامية على الجرائم التى ترتكب فيها. أما تطبيق نظرية مالك والشافعى وأحمد فيؤدى إلى العقاب على الجرائم التى ترتكب فى السفن التجارية سواء كانت فى مياه تابعة لدار الإسلام أو دار الحرب-٣٧٣-، أو فى مياه عامة مع مراعاة التفرقة التى ذكرناها من قبل بين جرائم الحدود والقصاص، وبين جرائم التعازير، والتفرقة بين جرائم التعازير التى نصت عليها الشريعة، وبين جرائم التعازير التى حرمها أولو الأمر.

وتطبق القواعد السالفة على الطائرات، فالطائرات الحربية يعاقب على كل الجرائم التى ترتكب فيها، لأنها تأخذ حكم المعسكر والسفن الحربية، أما الطائرات التجارية فتأخذ حكم السفن التجارية.

٢٢١- *الشريعة والقانون* : - والقوانين الوضعية لايختلف حكمها شيئا عن الشريعة فى هذا كله، فهى تَعُدُّ الفضاء الذى يعلو أرض الدولة تابعا لها، وتجعل المياه الإقليمية المجاورة للشاطئ تحت سيادة الدولة التى تملك الشاطئ، وتجعل السفن الحربية خاضعة لقضاء الدولة التى تتبعها. أما السفن التجارية فيطبق عليها قانون الدولة التى تتبعها طالما كانت فى المياه التابعة لهذه الدولة أو فى عرض البحر، فإذا كانت فى مياه دولة أخرى فقد اختلفت الدول فى حكم هذه الحالة، فالبعض يطبق قانون الدولة صاحبة المياه لاقانون الدولة التى تتبعها السفينة، وهذا هو المتبع فى إنجلترا، وهو تطبيق لنظرية أبى حنيفة وأبى يوسف. وكثير من الدول يَعُدُّ السفينة خاضعة لقانون الدولة التى تتبعها، وهذا تطبيق لنظرية الأئمة الثلاثة. وفى فرنسا يرون تطبيق قانون الدولة صاحبة المياه الإقليمية فى حالات دون أخرى، فهم يمزجون بين النظريتين السابقتين.

(الصدر) تعليق "رقم-٣٧٣-": وهذا هو القول الراجح كما مر علينا سابقا من لزوم عقاب المجرم أينما وقعت الجريمة.

(الشاوى) رأينا فى "التعليق-٣٧٣-": نعتقد أن قول فقيهنا والسيد الصدر عن السفن التجارية يقصد به السفن التى تحمل علم الدولة الإسلامية.

أما السفن التى تحمل علم دولة أجنبية فالجرائم التى ترتكب عليها تعامل مثل الجرائم التى ترتكب على أرض الدولة التى تحمل علمها.

مع الالتزام بمصادر شريعتنا :

إنه يصف التزام جميع "الدول الإسلامية" بوحدة الشريعة بأنه حلم جميل، فمتى يتحقق هذا الحلم؟ ويصف دار الإسلام بأنها البلاد التى تخضع لسلطان المسلمين ويلتزم أهلها بأحكام الإسلام والتى يسكنها مسلمون يستطيعون أن يظهروا أحكام الإسلام ولايمنعهم من ذلك مانع ...

ثم إنه فى مقارنته بين الشريعة والقوانين الوضعية يصل إلى أن أوجه الخلاف بينها وبين أحكام الشريعة الإسلامية محدودة يمكن إصلاحها .

وليس هو أول من يقول بذلك؛ فإنه يَنسِبُ إلى الإمام الشيخ / محمد عبده، أنه قال: "إن بعض البلاد الأجنبية وجد فيها مبادئ الإسلام ولو أن سكانها غير مسلمين، أما فى بلادنا فهناك مسلمون لكن الإسلام غريب فيها !!!..." .

ويرى البعض أن ذلك يؤيد ما ورد عن النبى (ﷺ) من قوله: "إن الإسلام بدأ غريبا (فى بلده) وسيعود غريبا – فطوبى للغرباء".

وغرباء عصرنا هم الذين يسعون للإصلاح عن طريق تطبيق مبادئ الشريعة وخصوصا الشورى الحرة التى عطلها المستبدون منذ زمن بعيد عندما سيطر الملك العضوض وقضى على الخلافة الراشدة التى تلتزم بالشورى، والذين يسعون لذلك ويتعرضون بسببه للاضطهاد فى بلادهم وينفون منها كما حدث للشيخ/ محمد عبده، وأستاذه/ جمال الدين الأفغانى، أو يضطهدون ويلجئون إلى بلد أجنبى كما هو حادث الآن بالنسبة للكثيرين، أو يعدمون شنقا كما حدث لفقيهنا الشهيد .

وفى لقاءاتنا مع بعض هؤلاء "اللاجئين"، نجدهم يرددون قول الإمام/ محمد عبده، ويفسرونه بأن كثيرا من مبادئ الشريعة الإسلامية المتعلقة بحقوق الإنسان وتأمين اللاجئين قد توصلت إليها وطبقتها دول أجنبية – يصفها البعض بأنها دار حرب – فى حين لايجدون لها أثرا فى بلادهم التى توصف بأنها إسلامية لأن سكانها مسلمون؛ ويذكرون على الأخص حماية حقوق الإنسان وحريات الشعوب – فى اختيار حكامها ومساءلتهم – التى تقدسها الشريعة ولايعترف بها حكام كثير من البلاد التى يَعُدّونها داخلة ضمن دار الإسلام .

صحيح أن الدول الأجنبية التى يعيشون فيها أو يلجئون إليها تؤيد سياسة الدول المعلنة للتنكر للشريعة والحكومات التى تعلن مقاومة من يدعون لتطبيقها؛ بل وتفرض عليهم ذلك وتلزمهم به فى بعض الأحيان، لكنهم بسبب احترامهم لقوانينهم ودساتيرهم "الوضعية" لايستطيعون أن يقوموا بأعمال القهر والظلم والبغى على الأفراد مثل التى يمارسها الحكام المستبدون وأعوانهم فى بعض بلاد الإسلام ...

۞ يجب إلزام السلطة فى بلاد الإسلام وغيرها باحترام حقوق الإنسان التى تحميها شريعتنا:

بل إن هناك بوادر تدل على أن بعض حكام الدول الأجنبية يتجهون إلى التنسيق مع النظم الاستبدادية فى بلادنا، ولو استدعى ذلك إلى تعديل قوانينهم "الوضعية" ليتمكنوا من إكمال الحصار والاضطهاد على "الأصوليين" فى بلادهم أيضا أسوة بما يقع فى بلادنا على أيدى إخواننا من الحكام.

ومعنى ذلك أن مسئولية المطالبين بتطبيق الشريعة قد زادت؛ وسوف تزداد أكثر بسبب النكسة التى بدت ملامحها فى التشريعات الأجنبية الوضعية التى تتجه الآن إلى تقييد حقوق الإنسان المسلم أو اللاجئ بحجة مقاومة "الأصولية" أو مقاومة الإرهاب ... ولم تعد نزيهة كما وجدها الشيخ/ محمد عبده فى أيامه، وغيره ممن لجئوا لتلك البلاد قبل هذه الأيام.

معنى ذلك أن كفاحنا من أجل المبادئ الإسلامية التى تقدس حقوق الإنسان وتحمى حرماته وحقه فى المطالبة بتطبيق الشريعة؛ لم يعد مقصورا على بلادنا؛ بل أصبح كفاحا على مستوى العالم كله الذى تديره الآن وتخطط له قوى عالمية ترى أن الإسلام عقبة فى سبيل استمرار هيمنتها، ويقول لها كثيرون من فلاسفتهم إن حضارته ستكون بديلا عن حضارتهم المادية بعد انهيارها – الذى يتوقعونه هم – مما يؤكد قوله بأن الشريعة الإسلامية ذات طابع عالمى فى الأصل، وستكون كذلك فى المستقبل.

ومن المؤكد أننا لن نكون وحدنا فى هذه المعركة؛ بل إن كثيرين من الأحرار وأصحاب الفكر الرشيد فى البلاد غير الإسلامية، بل وكثيرا من الشعوب والجماهير التى تقاسى من البغى والفساد المتزايد فى بلادها ستشاركنا فى هذا الجهاد ... وسوف تسعد بانتصارنا وتستفيد من مزايا شريعتنا. والتفاؤل الذى يشير إليه لأن بعض الأحكام الفرعية فى القوانين الوضعية ليست بعيدة عن أحكام فقهنا (فيما يخص إقليمية القوانين والاستثناءات أو الأحكام التى تصل إليها فيما يخص الجيوش والطائرات والسفن ... إلخ) يوجب علينا القول بأن العبرة ليست بالأحكام التفصيلية والتقارب بشأنها بين فقهنا والنصوص الوضعية – بل الذى يهمنا ويجب أن نسعى إليه ونعمل له هو إعمال الأصول والمبادئ والنظريات العامة فى شريعتنا، لتكون هى المنبع الذى نستمد منه اجتهاداتنا وتغنينا عن التسول على موائد غيرنا او التبعية الثقافية أو السياسية لمن يسعون للسيطرة علينا واستغلال بلادنا وشعوبنا، ونأمل أن تستفيد منها النظم والقوانين الأجنبية فى المستقبل.

هذا هو ما نقصده عندما نطالب بالالتزام بالشريعة ولم يعد يكفينا تشابه الأحكام الفرعية طالما أن الأصول غير متفق عليها ...

〈عوده〉 ٢٢٢ـ *تسليم المجرمين وإبعادهم* ـ ذكرنا أن الدول الإسلامية تُعَدُّ كل منها ممثلة للإسلام فى تطبيق الشريعة الإسلامية، فإذا جنى عراقى مثلا جناية فى العراق أمكن محاكمته عنها فى مصر، لكن قد يحدث أن يجنى المسلم أو الذمى أو المستأمن جناية فى بلد إسلامى ثم يهرب إلى بلد إسلامى آخر، أو يهرب إلى دار الحرب، فتطلبه الدولة التى وقعت فى أرضها الجريمة لمحاكمته، فهل يمكن تسليمه إليها لمحاكمته أمام محاكمها ؟ وقد يشتهر الجانى بارتكاب الجرائم والإخلال بالأمن، فهل يمكن أن تبعد الدولة من أرضها من اتصف بهذه الصفات ؟ هذان موضوعان سنتكلم عنهما فيما يلى واحد بعد الآخر.

٢٢٣ـ *أولا ـ تسليم المجرمين* : من الممكن أن يقال : إن محاكمة الجانى على جريمته فى محل وقوعها أفضل من محاكمته عليها فى غير هذا المحل، وأدعى إلى ضمان تحقيق العدالة والزجر عن الإجرام، لأن المحل الذى وقعت فيه الجريمة يتيسر فيه إقامة الأدلة ومناقشتها، لوجود الشهود به، وإمكان مشاهدة آثار الجريمة، والإحاطة بكل ظروفها-٣٧٤-. كما أن عقاب المجرم على جريمته فى محل ارتكابها يحفظ للعقوبة قيمتها كاملة. فالعقوبة مقصود منها التأديب والزجر، تأديب المجرم وزجر غيره ممن شهدوا الجريمة أو علموا بها. والعقوبة التى تقام فى غير محل الجريمة إذا أدت لتأديب المجرم فإنها لاتؤدى وظيفتها كاملة من حيث الزجر. وعلى هذا يحسن أن يسلم الجانى إلى الدولة صاحبة السلطان على محل الجريمة لمحاكمته، وإن لم يكن ثمة ضرر كبير من محاكمة الجانى فى الدولة التى هرب إليها طالما كان تشريعها هو نفس تشريع الدولة التى تطلب التسليم.

ولكن من الممكن أن يقال أيضا : إن فى تسليم الجانى الذى ينتمى إلى دولة معينة إلى دولة أخرى لمحاكمته على جريمة ارتكبها فى أرض الدولة الأخيرة يعرض الجانى لعدم التمكن من الدفاع عن نفسه بين قوم لايعرفهم ولايتصل بهم بصلة الجنس أو اللغة، وقد يؤدى التسليم لظلمه والإضرار به.

هذان رأيان يخطر كلاهما بالذهن إذا فكرنا فى تسليم المجرمين؛ ولكل منهما وجاهته ومحاسنه وعيوبه. وقد راعت الشريعة الإسلامية كل هذه الاعتبارات حين اختطت خطة وسطا بين هذين الرأيين تضمن بها تحقيق العدالة بقدر الإمكان، وتمنع الظلم عن رعايا الدولة الإسلامية بقدر المستطاع، وأساس هذا الرأى الوسط التفرقة بين التسليم لدولة إسلامية، والتسليم لدولة غير إسلامية.

[الصدر] تعليق "رقم-٣٧٤-": مع إمكان الاستماع إلى الشهود والإحاطة بظروف الجريمة، ومع تمكنه من الدفاع عن نفسه وإلا فلا يصح ذلك.

[الشاوى] رأينا فى "التعليق-٣٧٤-": تحفظ السيد الصدر فى محله لأن مبدأ إقليمية القضاء معترف به ويوجب اختصاص قضاء الدولة التى وقعت الجريمة بأرضها ووجوب تسليم المجرم لها – لكنا نرى أنه لايجوز التسليم إلا فى حالة التأكد من نزاهة التحقيق وتمكين المتهم من الدفاع عن نفسه.

(عوده) ٢٢٤- *التسليم لدولة إسلامية* :- ليس فى الشريعة مايمنع من أن تسليم أى دولة إسلامية لأى دولة إسلامية أخرى أى مسلم أو ذمى أو مستأمن ارتكب فى أرض إحدى الدولتين جريمة ما، والتجأ إلى أرض الأخرى مالم تكن هذه الدولة الأخرى قد حاكمته فعلا على هذه الجريمة طبقا لنصوص الشريعة، فإن لها أن تمتنع عن تسليمه؛ لأنه لايجوز طبقا للشريعة أن يعاقب على الفعل الواحد مرتين. فإن كانت المحاكمة التى تمت على غير أساس الشريعة، فليس للدولة أن تمتنع عن التسليم إذا كانت الدولة طالبة التسليم تنوى أن تحاكم الجانى طبقا لنصوص الشريعة.ولاعبرة بالعقوبة التى وقعت على الجانى على خلاف نصوص الشريعة، ولاقيمة للمحاكمة التى انتهت بهذه العقوبة، لأنها محاكمة باطلة لقيامها على نصوص باطلة لاتعترف بها الشريعة وللدولة المطلوب منها التسليم أن تمتنع عن التسليم إذا كانت تنوى أن تحاكم الجانى وتطبق عليه نصوص الشريعة، وكانت الدولة طالبة التسليم لاتطبق نصوص الشريعة، أو لاتنوى تطبيقها، وهذا طبعا لايكون إلا فى الجرائم ذات العقوبات المقدرة أى فى جرائم الحدود والقصاص.

وعلة جواز التسليم ومنع التسليم واحدة، وهى أن كل بلد إسلامى يُعَدّ جزءا من دار الإسلام وأن كل الدول الإسلامية تُعَدّ ممثلة للإسلام، وعلى كل منها أن تقيم حدوده، وتنفذ أحكامه. ففى حالة التسليم لايسلم الجانى إلى دولة غريبة عنه، ولايحاكم بشريعة يجهلها، ولايعرضه التسليم لظلم أو ضرر، والتسليم لايقصد منه إلا ضمان تحقيق العدالة والزجر عن الإجرام، وفى حالة الامتناع عن التسليم لدولة إسلامية لايكون الامتناع إلا لإقامة نصوص الشريعة ولتحقيق العدالة والزجر عن الإجرام.

٢٢٥- *التسليم لدولة غيرإسلامية* : - لاتجيز الشريعة الإسلامية لدولة إسلامية أن تسلم رعاياها مسلمين أو ذميين ليحاكموا فى دار الحرب عن جرائم ارتكبوها فى تلك الدار. ولايجوز لدولة إسلامية أن تسلم أيضا رعايا أى دولة إسلامية أخرى لدولة غير إسلامية، لأن هؤلاء فى حكم رعاياها من الوجهة الشرعية.

ولاتجيز الشريعة لدولة إسلامية أن تسلم مسلما منتميا لدولة محاربة إذا هاجر لدار الإسلام من دار الحرب، ولو طلبته الدولة التى كان يقيم بأرضها، مالم يكن هناك اتفاق سابق على التسليم، فإن كان هناك اتفاق سابق وجب الوفاء بشروطه إلا الباطل منها، ويُعَدُّ الاتفاق على التسليم باطلا إذا كان له أثر رجعى، أى إذا أريد به تسليم المسلمين اللاجئين لدار الإسلام قبل الاتفاق. ويُعَدُّ باطلا كل شرط يقضى بتسليم النساء المسلمات اللاجئات إلى دار الإسلام سواء لجأن لدار الإسلام قبل الاتفاق أو بعده، فالمرأة المسلمة لايجوز تسليمها بأى حال لدولة غير إسلامية، ولو كانت من رعاياها أصلا، ولو كان لها زوج وأولاد وأهل يطلبونها فى دار الحرب، لقوله تعالى:﴿يأيها الذين آمنوا إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن الله أعلم بإيمانهن فإن علمتموهن مؤمنات فلا تَرجعوهن إلى الكفار لاهنَّ حل لهم ولاهم يحلون لهن﴾ [الممتحنة:١٠].

عوده وقد اختلف فى صحة شرط تسليم الرجال المسلمين بعد الاتفاق، فيرى أحمد وبعض الفقهاء فى مذهب مالك أنه صحيح ويجب الوفاء به(١). ويرى أبو حنيفة وبعض الفقهاء فى مذهب مالك أن شرط التسليم باطل، وحيث لايجيزون تسليط غير المسلم على المسلم بأى حال(٢). ويفرق الشافعية-٣٧٥- بين من له عشيرة تحميه، فى دار الحرب، ومن ليس له عشيرة تحميه، ويجيزون تسليم الأول دون الثانى، وأساس منع التسليم عندهم هو خشية الفتنة(٣).

ويلاحظ أن من أسلم من أهل دار الحرب ولجأ إلى دار الإسلام يُعَدُّ بدخوله دار الإسلام من أهل هذه الدار، ورعية للدولة الإسلامية التى دخل أرضها، ومن ثم فالدولة حين تمتنع عن تسليمه إنما تمتنع عن تسليم أحد رعاياها، وهذا فى ذاته تطبيق لقاعدة الشريعة العامة التى لاتجيز للدولة الإسلامية أن تسلم رعاياها لدولة غير إسلامية. ولا يُعَدُّ تسليم الرعايا لدولة إسلامية أخرى خروجا على هذه القاعدة العامة، لأن أراضى الدول الإسلامية كلها تُعَدُّ داراً للإسلام وتخضع لشريعة واحدة هى الشريعة الإسلامية، ولأن كل دولة إسلامية تمثل النظام الإسلامى فى العالم كله.

ويجوز لأى دولة إسلامية أن تسلم المستأمن للدولة التى يتبعها إذا طلبته لتعاقبه على جريمة ارتكبها فى بلده بشرط أن يكون هناك اتفاق يقضى بذلك-٣٧٦-، ولكن ليس لها أن تسلمه إلى دولة أخرى غير دولته-٣٧٧-،لأن هذا يتنافى مع عقد الأمان الذى

الصدر تعليق "رقم-٣٧٥-": وهو أرجح الأقوال عند فقهاء المذهب الجعفرى.

الصدر تعليق "رقم-٣٧٦-": أو كانت تلك الدولة إسلامية.

الصدر تعليق "رقم-٣٧٧-": إلا أن تكون تلك الدولة إسلامية.

الشاوى رأينا فى "التعليقات-٣٧٥-،-٣٧٦-،-٣٧٧-": تعليق السيد الصدر متفرع عن رأيه الذى أبدناه فى تعليقه رقم-٣٧٤-، وهو ضرورة ضمان تمكن المتهم من حق الدفاع، وإن كان هنا يعبر عنه بأن تكون له عشيرة تحميه.

إن موضوع التسليم يخضع عادة للمعاهدات التى تلتزم بها الدول فى العصر الحاضر فيما بينها، وتكون أحكامها متبادلة – ولانرى أن الدول التى نصفها الآن بأنها إسلامية تفرق فى تلك المعاهدات بين الدول الإسلامية وغيرها، لذلك فإن تحفظات السيد الصدر فى التعليقين -٣٧٦- و-٣٧٧- خاصة بالحالات التى لاتوجد فيها معاهدات بين الدول تلتزم بتنفيذها.....

---

(١) المغنى جـ ١٠ ص ٥٢٤، مواهب الجليل جـ ٣ ص ٣٨٦.

(٢) فتح القدير جـ ٤ ص ٢٩٦، روح المعانى للألوسى جـ ٢٨ ص ٦٧،٦٨، مواهب الجليل جـ ٣ ص ٣٨٧.

(٣) المهذب جـ ٣ ص ٢٧٧، أسنى المطالب جـ ٤ ص ٢٢٧.

〈عوده〉 أعطى له فأمن بمقتضاه على نفسه، إلا أن يكون هناك عهد بين الدول الإسلامية وبين الدولة طالبة التسليم يقضى بالتسليم فيُعَدّ الأمان قائما على أساس التقيد بهذا العهد، ويجوز التسليم وفاء بالعهد.

وقاعدة الشريعة التى تقضى بألاّ تسلم الدولة رعاياها هى القاعدة التى تأخذ بها أكثر الدول اليوم، ولكن بعض الدول كإنجلترا وأمريكا تجيز تسليم رعاياها دون اشتراط المثل، وهو مبدأ لاتأخذ به الشريعة إلا فيما بين الدول الإسلامية فقط. فالمبدءان المعمول بهما اليوم فى العالم هما مبدءا الشريعة الإسلامية بالذات، ولكن الشريعة تطبق كلا منهما فى حالات معينة، بينما الدول اليوم تأخذ بأحد المبدأين دون الآخر، ولاتجمع بينهما كما فعلت الشريعة.

والدول الحديثة متفقة اليوم على ألاّ تسلم من يكون خاضعا لقضائها فى الجريمة المطلوب التسليم من أجلها ولو كان الجانى أجنبيا. وهذا تطبيق لمبادئ الشريعة، لأن الدولة إذا كانت مختصة بالجريمة فعليها أن تعاقب الجانى، وإذا عاقبته فلا معنى لتسليمه بعد ذلك.

❁ 222 - 225 - المقصود بالدولة الإسلامية - التي يجوز تسليم المجرمين لها:

إنه يشير إلى تسليم المجرمين إلى دولة إسلامية أو دولة غير إسلامية. ومن واجبنا أن ننبه إلى أنه لايكفى للاعتراف بصفة الدولة الإسلامية أن يكون سكانها مسلمين، أو مجرد النص فى دستورها أو قوانينها الوضعية على ذلك. بل يحسن أن نراعى المعيار الموضوعى الذى أشار له مرارا وهو أن تكون ملتزمة بسيادة الشريعة ومنفذة لمبادئها وأحكامها.

وإذا أخذنا بهذا المعيار، فإننا نستطيع القول بأن ما تسير عليه بعض الدول الأجنبية من إعطاء حق اللجوء السياسى لمن يهربون إليها من بغى حكومات مستبدة لاتحترم حقوق الإنسان ولاتلتزم بمبادئ العدالة النزيهة الصحيحة - يتفق مع مبدإ إسلامى صحيح يدعو إليه العلماء والفقهاء وقد نص عليه القرآن صراحة بقوله تعالى: ﴿وإن أحدٌ من المشركين استجارك فأجِرْه حتى يسمع كلام الله ثم أبلغْه مأمنه﴾ [التوبة:6] .

وإذا كان القرآن يوجبُ حماية المشرك اللاجئ والمستجير، فإن ذلك أوجب من باب أولى بالنسبة للمسلم اللاجئ، حتى لايتكرر ما نُسب إلى بعض فرق الخوارج الشاذة من إعطاء حق اللجوء للكافر وإنكاره على المسلم اللاجئ، مما يتنافى مع أصول الإسلام ومقاصد شريعته ويدفع البعض لإعلان كفره حتى يضمن لنفسه الأمن والأمان !... محتميا بجنسيته الأجنبية، بعد أن وصل الأمر إلى اعتقاد كثيرين أن الانتماء إلى دولة مسلمة لا يضمن للإنسان أى حق من حقوقه الإنسانية وحرياته الشخصية .

من المؤسف أن بعض الدول التى توصف بأنها إسلامية لاتحترم التزامها الشرعى بحماية اللاجئين السياسين إذا كانوا من المسلمين، بل تسير على أن تتعهد بتسليم المسلمين اللاجئين إليها إلى حكومات تطاردهم وتضطهدهم، وهى بذلك تتنكر لواجبها الدينى والإسلامى بحماية من يلجأ إليها، وتسلمه لمن يضطهدونه مقابل تعهد تلك الحكومات بأن تسلمها من يلجئون إليها من رعاياها الذين تطاردهم، لأنهم ينتقدونها أو يعارضونها. فهم يجيزون لأنفسهم مخالفة ما توجبه الشريعة من تأمين اللاجئين مقابل قيام غيرهم بالتعهد لهم بنفس المخالفة لمصلحة نظمهم ومصالحهم الشخصية، وبذلك يكون الإخلال بالمبادئ الشرعية فى حماية المستجيرين واللاجئين هو الذى يجمع بين النظم الاستبدادية ولو كانت تُعَدّ فى نظر البعض مسيطرة على بلد مسلم لكن سلطاته لا تلتزم بمبادئ الإسلام إلا إذا كانت لصالح المسيطرين فيها، المستبدين بأفرادها وشعوبها .

❁ لايجوز تسليم المسلم إلى بلد لايلتزم بالشريعة ولايحترم حقوق الإنسان :

على العموم، فقد قلنا من قبل إن تكرار الآراء الموروثة فى هذا الموضوع – وما قاله أسلافنا بشأن "الدولة الإسلامية" أو "دار الحرب ودار الإسلام" يجب مراجعته كله وعدم تقديمه فى أيامنا هذه إلا بعد التأكد من وجود الدول التى تلتزم بالشريعة وتخضع لها، أو وجود حالة حرب فعلية بينها وبين دولة أجنبية .. وفى حدود ذلك.

إننا نرى فيما يتعلق بحق المطالبين بتطبيق الشريعة أو دعاة الإسلام فى اللجوء السياسى أن هناك اتجاها واضحا للتقارب بل والتعاون بين كثير من النظم الاستبدادية فى بلادنا والدول الإمبريالية التى ترسم خططها للقضاء على ذاتية أمتنا ومقاومة شعوبها وأفرادها ويلتزمون مبدأ الجهاد ضد السيطرة الأجنبية. فكأن حالة "الحرب" بين الدول التى تعارض طلب شعوبنا بتطبيق شريعتنا قد حل محلها صور كثيرة من التبعية أو التحالف فيما بين الدول الأجنبية وبعض النظم فى البلاد التى تطالب شعوبها بتطبيق الشريعة، ضد دعاة الإسلام ومن يجاهدون فى سبيل أصول الشريعة ومبادئها، وكأن هناك خطة لوصف جميع هؤلاء بأنهم "أصوليون" أو أعداء "النظام العالمى" أو "المجتمع الدولى" الذى تمثله قوى إمبريالية تصر على حُسبان شريعتنا مخالفة لما يسمونه تشريعاتهم "الحديثة" ... والأصح أنهم يخشون أنها تقدم للشعوب ما يعينها على مقاومة طغيان المستكبرين الإمبرياليين ... وهو مبدأ الجهاد ضد القوى الأجنبية التى تحتل بعض بلادنا أو تفرض سيطرتها علينا، ويحمل لواءه أمثال رجال المقاومة الإسلامية فى فلسطين ولبنان ممن تصر بعض الدول على وصفهم بأنهم إرهابيون، بل ووصف الحكومات التى تؤيدهم بأنها دول تؤوى الإرهاب، وفى الوقت نفسه تتجاهل تلك الدول كل أعمال البغى والعدوان التى تمارسها الصهيونية يوميًّا .

عوده ٢٢٦ـ *تسليم الأرقاء* :ـ وتتفق الدول اليوم على عدم تسليم الأرقاء الهاربين، وهو مبدأ قررته الدول فى القرن الماضى بعد إبطال الرق، ولكن هذا المبدأ قررته الشريعة الإسلامية من مدة تزيد على ثلاثة عشر قرنا. ونستطيع أن نقول: إنه تقرر على وجه التحديد يوم الحديبية، فقد لجأ عدد من عبيد قريش إلى معسكر المسلمين فى هذا اليوم، فأرسلوا فى طلبهم، وقالوا لرسول الله صلى الله عليه وسلم: إنهم ماخرجوا رغبة فى دينك، وإنما خرجوا هروبا من الرق. فقال ناس من المسلمين: صدقوا يارسول الله ردهم عليهم. فغضب رسول الله، وقال : "هم عتقاء الله".

والقاعدة فى الشريعة-٣٧٨- أن الرقيق إذا أسلم ولجأ إلى دار الإسلام، أو معسكر المسلمين أو أسلم وبقى فى دار الحرب حتى ظهر المسلمون عليها، فهو حر فى كل هذه الأحوال، ولايجوز رده(١) .

ويرى الشافعى رده فى حالة واحدة، وهى إذا أسلم فى دار الحرب ثم هاجر بعد الإسلام، وكان بين أهل دار الحرب وبين دار الإسلام عهد، لأن العبيد مال، وأهل دار الحرب فى أمان على أنفسهم ومالهم بالعهد القائم بينهم وبين دار الإسلام. ويرد أحمد على هذا الرأى بأن الأمان أعطى لهم على مافى قدرة المسلمين عمله، وماهو فى قبضة المسلمين، والأرقاء فى قبضة أهل دار الحرب لا فى قبضة المسلمين(٢) .

٢٢٧ـ *تسليم المجرمين السياسيين والعسكريين* :ـ وتتفق الدول أيضا على عدم تسليم المجرمين فى الجرائم السياسية والجرائم العسكرية، وليس فى قواعد الشريعة الإسلامية مايمنع من إقرار هذه الجزيئات؛ لأنها لاتختلف مع قواعد الشريعة العامة التى بسطناها فيما سبق.

الصدر | تعليق "رقم-٣٧٨-": ويعتمد فقهاء المذهب الجعفرى على هذه القاعدة.

الشاوى | رأينا فى "التعليق-٣٧٨-": تراجع الحاشية.

---

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٣٤٦، المهذب جـ ٢ ص ٢٢٩، المغنى جـ ١٠ ص ٥٢٣، مواهب الجليل جـ ٣ ص ٣٨٦.

(٢) المهذب ج ٢ ص ٢٧٩، أسنى المطالب جـ ٤ ص ٢٢٨، المغنى جـ ١٠ ص ٥٢٣.

226، 227 – الرق الجديد هو استغلال السلطة لظلم الأفراد :

نشير إلى ما قاله من أن سبق الإسلام إلى حماية الرقيق فى الماضى كان بداية المسيرة الإنسانية إلى تحرير الرقيق وتحرير الإنسان عموما. وعلينا أن نضيف إلى ذلك أن مبادئنا لاتقف عند هذا الحد؛ لأنها أوجبت الدفاع عن حقوق الناس جميعا وخصوصا المستضعفين منهم ضد من يضطهدون الناس أو يظلموهم أو يبغون عليهم مستخدمين سلطة الدولة التى يمارسون الولاية فيها. وقد عبر عن ذلك الفاروق عمر بن الخطاب بقوله لمن بغى على أحد الأفراد: "متى استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحرارا". فَعَدّ الفاروق مجرد ظلم الناس أو الاعتداء عليهم اعتمادا على إمساك المعتدين بزمام السلطة هو استعبادا – وهذا هو ما نقصده بالرق الجديد .

ومبدأ عدم تسليم المتهمين فى الجرائم السياسية أو المضطهدين فى بلادهم إنما هو تطبيق لهذا المبدإ الإسلامى لتحرير الناس من العبودية لأصحاب السلطة الذين يضطهدونهم ويستعبدونهم. إن بعض الحكام المستبدين يستعبدون شعوبهم ويفرضون سيطرهم على إخوانهم فى الوطن بالاستيلاء على السلطة بالقوة ودون حق، واضطهاد أفراد شعوبهم بحجة أنهم يعارضونهم فعلا أو أنهم يُحتمل أن يعارضوهم فى المستقبل، أو لمجرد أنهم يكرهون ظلمهم وحكمهم. إنهم يستخدمون سلطتهم لمنع أى فرد من أن يكون له مركز أدبى أو نفوذ شعبى؛ لأن ذلك يرشحه لكى يكون بديلا عنهم وعن أعوانهم من المنافقين .

إنهم يستخدمون احتكارهم لوسائل الإعلام للتشهير بمن يَعُدّونهم خصوما أو منافسين لهم، حتى ولو كانت المنافسة مشروعة بطريق الترشيح فى الانتخابات الحرة، أو المشاركة فى النقابات أو الجمعيات بل والشركات ... ويهاجمون المشروعات الاقتصادية أو الاجتماعية الناجحة بالاستيلاء عليها وإبعاد المخلصين الصالحين من إدارتها، إنهم بكل صراحة يضطهدون كل من يحظى لدى الجماهير بسمعة طيبة أو نفوذ شعبى، أو من يعملون فعلا لصالح شعوبهم ويكسبون ثقتها لمجرد أن ذلك قد يرشحهم ليكونوا بديلا عنهم ...

إن بعض المستبدين يسير على نهج الاستعلاء الذى استنكره أمير المؤمنين الفاروق عمر، عندما اعتدى ابن عامله عمرو بن العاص على صبى لمجرد أنه سبقه؛ وظن أن من يسبق "ابن الأكرمين"، يستحق التأديب والعقاب !!!... لأن الجميع يجب أن يكونوا أقل ممن بيده السلطة، وأقل من أولاده وأعوانه .

❁ استعلاء من يستولون على السلطة ويحتكرونها: عدوان على حقوق الأفراد والشعوب لاتقره الشريعة بل حرمته :

نحن إذن فى حاجة إلى مبادئ فقهية تعالج ظاهرة استعلاء من يتولون السلطة ويسعون لاحتكارها واستمرار نفوذهم باضطهاد من ينافسونهم أو يخشون منافستهم فى المستقبل – وهذا هو الرق الجديد الذى حل محل الرق القديم الذى بدأت شريعتنا مسيرة التضييق عليه بحماية الأرقاء والمستضعفين وضمان حُسن معاملتهم وفرض إجراءات عديدة لتحريرهم، كما وضع أمير المؤمنين عمر بن الخطاب أسس حماية المستضعفين والمضطهدين من غير الأرقاء التقليديين عندما أدَّب ابن الأكرمين وهدد أباه لأنهم استعبدوا الناس أى ظلموهم وبغوا عليهم اعتمادا على السلطة التى بيدهم. إنهم جعلوا منهم مستعبدين جددا مع أنهم جميعا قد ولدتهم أمهاتهم أحرارا. هذا الاستعباد هو الرق الجديد الذى جاء الإسلام لتحرير الناس منه، حتى قال رسول جيش المسلمين لملك فارس: إننا جئنا لإخراج الناس من عبادة البشر (أى من العبودية لأمثالك من المستبدين) إلى عبادة الله وحده.

أول الضمانات اللازمة لمنع هذه العبودية المستحدثة: هو الالتزام بمبدإ عدم تسليم اللاجئين السياسيين لمن يضطهدونهم أو يطاردونهم لمجرد أنهم يعارضونهم أو أنهم يطالبون الحكام بالالتزام بشريعة الإسلام ومبادئه وأحكامه، وعدم تشجيع الحكام على اضطهادهم فى بلادهم أو مطاردتهم خارج بلادهم بحجة أنهم ارتكبوا ما يسمونه جرائم سياسية يبتكرونها من عندهم ويزيدون فى عددها وصورها وعقوباتها بالقوانين الوضعية سيئة السمعة، بل والاتفاق بين الحكومات على فرض قوانين وأحكام جائرة لاتقرها شريعتنا، بل ويسرفون فيها ويتخذونها حسب أهوائهم أداة للبغى والاستبداد بالشعوب والأفراد وبخاصة من يَعُدُّونهم معارضين أو منافسين لهم أو أنهم أفضل منهم وأحب إلى الجماهير منهم ...

﴿عوده﴾ ٢٢٨ - هل يمكن معاقبة الحربيين الذين أسلموا ولجأوا إلى دار الإسلام؟ : عرفنا أن الشريعة لاتجيز تسليم النساء إطلاقا، وأنها لاتجيز تسليم الرجال مالم يكن هناك اتفاق سابق، وأن تسليم الرجال حتى فى حالة الاتفاق مختلف عليه، فهل يمكن مع هذا أن نعاقب المسلم الذى لجأ من دار الحرب إلى دار الإسلام على جريمته التى ارتكبها فى دار الحرب؟ وللرد على هذا السؤال يجب أن نفرق بين فرضين، أولهما أنه ارتكب هذه الجرائم قبل الإسلام، وثانيهما أنه ارتكبها بعد الإسلام. فإن كانت الجرائم قبل الإسلام فلا عقاب عليها باتفاق؛ لأن القاعدة فى الشريعة أن الإسلام يجب ماقبله، وأساس هذه القاعدة قوله تعالى: ﴿قل للذين كفروا إن ينتهُوا يُغفرْ لهم ماقد سلف﴾[الأنفال:٣٨]. وقد طبقت هذه القاعدة على من آذوا الرسول والمسلمين، ومن قتلوا المسلمين أو مثّلوا بهم، مثْلَ كعب بن أبي الذى آذى الرسول والمسلمين بهجائه، ومثْلَ وحشى قاتل حمزة بن عَبد المطلب، ومثْلَ هند زوجة أبى سفيان التى مثلث بحمزة بعدَ قتله.

أما إذا كانت الجرائم قد ارتكبت بعد الإسلام، فإذا طبقنا نظرية أبى حنيفة وأبى يوسف فلاعقاب، لأن الجرائم وقعت فى أرض الحرب ولا ولاية للمسلمين عليها، والعقاب على الجريمة يقتضى الولاية على محل الجريمة وقت وقوعها. وإذا طبقنا نظرية مالك والشافعى وأحمد وجب العقاب-٣٧٩-، بشرط أن يكون الجانى عالما أو فى إمكانه أن يعلم أن الشريعة تحرم هذه الأفعال، فإن لم يكن عالما ولا فى إمكانه أن يعلم بالتحريم فلا عقاب، وإن كان عالما أو فى إمكانه أن يعلم فإنه يعاقب على ماتحرمه الشريعة. أما مالا تحرمه فلا عقوبة عليه ولو كان محرما فى دار الحرب[1] .

[الصدر] تعليق "رقم-٣٧٩-": وهو الرأى الراجح كما أشرنا إليه سابقا.
[الشاوى] رأينا فى "التعليق-٣٧٩-": تراجع الحاشية.

---

(١) راجع الفقرات من ٢١٤ إلى ٢١٦ والفقرة ٢٩٨.

❁ 228 – عدم تسليم اللاجئين لحكام الجور مسلمين أو غير مسلمين :

ما قاله فقهاؤنا عن عدم جواز تسليم "الحربيين" الذين يلجئون لدار الإسلام؛ كان يناسب ظروف زمانهم عندما كانت الأمة الإسلامية تحمى الهاربين من ظلم حكام حربيين غير مسلمين؛ وأصبحنا الآن نواجه إلى جانب ذلك هروب المسلمين من الاضطهاد فى بلاد توصف بأنها إسلامية برغم أنها لاتطبق الشريعة ولاتسمح للناس بأن يطالبوا بذلك وتضطهدهم، مما يؤدى إلى التجائهم إلى البلاد الأجنبية؛ ولم نعد نسمع عن أحد يلجأ إلى بلادنا هربا من ظلم الحكام فى البلاد الأجنبية التى ما زال البعض عندنا يصفها بأنها دار حرب وهي دار عهد وسلم فى الواقع، ويظن كثيرون من المضطهدين للأسف الشديد أنها أصبحت دار أمن وأمان للمسلمين الهاربين من ظلم حكام الجور، وقد ينسون أو يتجاهلون فى كثير من الأحيان أن هذه الدول الأجنبية هي التى تشجع حكام الجور فى بلادنا على البغي والاستبداد وتكافئهم على ذلك وتزودهم بالنصائح وبالمعونات العسكرية والمالية والدعم الإعلامي والسياسي، بل هى تفرضهم على شعوبنا فرضا كلما أتيح لها ذلك. ثم إنها هى التى تستفيد فعلا من سياستهم الاستبدادية وقد تفرضها عليهم؛ بل إنها تفرض الحصار على أى حكومة إسلامية بحجة أنها تؤوى الهاربين من ظلمهم، أو يلجأ إليها الهاربون من الاضطهاد والقمع فى بلادهم، حتى لايكون أمام الهاربين من الظلم إلا أن يلجئوا إلى بلاد غير إسلامية لتساوم عليهم وتتحكم فيهم وتُعدّ العدة لإبادتهم أو إبادة شعوبهم فى بلادهم وغير بلادهم باستعمال ما يسمونه "النظام العالمى الجديد" الذى يريدون أن يجعلوه أداة لاضطهاد المسلمين فى كل مكان .

إن علينا أن نكتفى بما قدمه من صورة واضحة لآراء فقهائنا فى أحكام اللاجئين فى زمانهم، لكن زماننا وأحوالنا يحتاجان إلى فقه جديد .

اللاجئون فى زماننا يحتاجون منا إلى جهد أكبر فى استنباط أحكام تناسب ظروفنا التى أصبح فيها وصف شخص بأنه "حربى" غير ذى موضوع ... بل ربما يظن البعض أن وصف دولة ما بأنها "إسلامية" ترفضه كثير من الدول التى تحكم بلادا إسلامية، بل وتعلن ذلك وتتباهى به تقربا من أعدائنا الذين لا يملون من إعلان خططهم لاقتلاع الإسلام من بلادنا ... ومنع شعوبنا من تطبيق الشريعة .

* * *

نعتقد أن إسلام الشخص بعد ارتكاب جريمته يُعَدّ توبة منه، ولذلك فإن القاعدة هى أن الإسلام يجُب ما قبله بحُسبانه توبة، وهذا يوجب علينا أن نبحث فى مبدإ أثر التوبة عموما، بالنسبة للمسلم الذى ارتكب معصية أو جريمة ثم تاب، وأثر ذلك فى العقوبات، ليس فى نطاق التعازير فقط، بل والأهم هو أثرها فى الحدود جميعا .

<عوده> ٦٢٩ - *ثانيا - إبعاد المجرمين* :- يختلف حكم الإبعاد بحسب ما إذا كان الشخص من أهل دار الإسلام أو من أهل دار الحرب :

إبعاد المسلمين والذميين: رأينا فيما سبق أن بلاد المسلمين جميعا تُعَدُّ وحدة واحدة، وتسمى دار الإسلام. ويترتب على عَدِّها وحدة واحدة أنه لايجوز منع المسلم أو الذمى من دخول أى إقليم إسلامى آخر غير الإقليم الذى يقيم فيه أصلا.

والأصل فى الشريعة الإسلامية أنه لايجوز إبعاد المسلم أو الذمى عن دار الإسلام، لأن نفى المسلم عن دار الإسلام يعرضه للفتنة، ويؤدى به إلى الهلكة، ويحول بينه وبين إظهار شعائر الدين، ولأن نفى الذمى عن دار الإسلام مناقض لعقد الذمة.

ويترتب على حسبان بلاد المسلمين وحدة واحدة، وعلى عدم جواز إبعاد المسلم أو الذمى عن دار الإسلام، أنه لايجوز لدولة إسلامية أن تبعد مسلما أو ذميا من أرضها، ولو كان المسلم أو الذمى من غير رعاياها، ولو كان قد دخل أرضها ليقيم بها إقامة مؤقتة.

فقواعد الشريعة الإسلامية إذن لاتسمح بمنع المسلم أو الذمى من دخول أى بلد إسلامى، ولاتبيح إبعاد المسلم أو الذمى من أى بلد إسلامى دخله، لأن المسلم أو الذمى لايُعَدُّ بأى حال أجنبيا عن دار الإسلام، ولا عن دوله، فكل بلد فى دار الإسلام يُعَدُّ بلده، وكل دولة أو حكومة فيها تُعَدُّ دولته وحكومته؛ لأنها تمثل الإسلام، ومن يعتنقه من المسلمين، ومن يلتزم أحكامه من الذميين، قبل أن تمثل الإقليم ومن يتوطنه من المسلمين والذميين.

وإذا كان الأصل أنه لايجوز منع رعايا دولة إسلامية من الدخول فى أرض دولة إسلامية أخرى، أو إبعادهم عنها، فهل يجوز إذا دعت لذلك ضرورة المحافظة على الأمن العام، أو النظام، أن تضع الدول قيودا على دخول البلاد التى تحكمها بقدر ماتستدعيه تلك الضرورة؟ وهل يجوز للدول الإسلامية إذا دعت الضرورة إبعاد من ليسوا رعاياها أصلا إلى بلادهم الأصلية أو إلى أى بلد آخر ؟

من القواعد الأولية فى الشريعة الإسلامية أن الضرورات تبيح المحظورات، وأن كل ضرورة تقدر بقدرها. ومعنى ذلك، أن ما لا يباح عمله فى الظروف العادية يباح عمله عند الضرورة، بشرط ألاّ يتعدى ذلك الحاجة ودواعى الضرورة. وتطبيقا لهاتين القاعدتين الأوليين يجوز للدول الإسلامية عند الضرورة أن تضع قيودا على دخول البلاد التى تحكمها، بقدر ماتستدعيه حالة الضرورة، وبشرط ألاّ يمكن دفع الضرورة بوسيلة أخرى، ويجوز للدول الإسلامية عند الضرورة أن تبعد أى مسلم أو ذمى عن أرضها، إذا لم يكن هناك وسيلة لدفع الضرورة إلا الإبعاد. ويجوز أن يكون الإبعاد لبلد المبعد الأصلية أو لأى بلد إسلامى آخر، ولكن لايجوز بأى حال أن يكون الإبعاد إلى دار الحرب، ولو كان بين دار الإسلام وبين المكان الذى أبعد إليه من دار الحرب موادعة.

〈عوده〉 ولكنى مع هذا، أرى أنه ليس لدولة إسلامية أن تحرم دخول أرضها على رعايا دولة إسلامية أخرى، ولا أن تمنعهم من الإقامة فيها بحجة ضرورة المحافظة على الأمن والنظام، أو بأى حجة أخرى، لأن فى يد كل دولة من إجراءات الأمن، ومن نصوص الشريعة، مايسد الحاجة ويدفع كل ضرورة، ويمكن الدولة من المحافظة على الأمن والنظام، وحماية كل مرفق، ومراقبة المشبوهين، وأخذهم بنشاطهم المضاد لمصالح الدولة. وإذا كان هذا كله فى متناول الدولة، ولايعطل تنفيذه قاعدة من قواعد الشريعة، فليس للدولة أن تعدل عنه بحجة الضرورة إلى مايعطل قاعدة مهمة من قواعد الشريعة. وإذا كانت الدولة لاتستطيع إبعاد رعاياها ولا منعهم من دخول أرضها، وتكتفى فى دفع مايصدر منهم بهذه الوسائل التى ذكرناها، فأولى بالدولة أن تكتفى بنفس الوسائل فى دفع الغرباء والمهاجرين الذى هم أضعف حيلة وأقل مقاومة من الرعايا المستوطنين.

فعل كل دولة إسلامية إذن ألاّ تبعد رعايا الدول الإسلامية الأخرى، وألاّ تمنعهم من دخول أرضها، وأن تعاملهم كرعاياها تماما. وإذا أتوا ما يخل بالأمن عاقبتهم بما يستحقون كما تعاقب رعاياها-٣٨٠-. وهذا الذى نقول هو الرأى الذى يتفق مع أغراض الشريعة الإسلامية ومراميها من توحيد دار الإسلام وجعلها دار أمن وسلام لكل مسلم وذمى. أما الرأى المضاد فيؤدى فوق ماذكرنا له من عيوب إلى عدم المساواة، وإثارة النعرات الوطنية والجنسية، وهذا مايحاربه الإسلام ولا يرضاه.

[الصدر] تعليق "رقم-٣٨٠-": نعم يباح لها منع غير رعاياها من دخول بلادها إذا لم تتمكن من حفظ الأمن مع وجودهم فى بلادها.

[الشاوى] رأينا فى "التعليق-٣٨٠-": شرط حفظ الأمن الذى يضيفه السيد الصدر واسع لايمكن ضبطه – ويؤدى عملا إلى إلغاء القاعدة التى يرجحها فقيهنا.

وهذا الرأى يجعل تعدد الدول الإسلامية معناه القضاء على وحدة الأمة ذاتها، لأن وحدة الأمة هى التى تستوجب المساواة بين جميع المسلمين فى حق الإقامة فى دار الإسلام كلها، برغم تعدد دولها.

229 - الإسلام يقرر حق المسلمين فى دخول جميع بلاد الإسلام والإقامة فيها وعدم إبعادهم:

ما قلناه بصدد مشكلة تسليم اللاجئين يطبق كذلك على الإبعاد. فالوضع الحالى يختلف تماما عن الأوضاع التى نشأت فى ظلها الاجتهادات الفقهية التى يعرضها – وهذا يضع على عاتق الأجيال الجديدة من الفقهاء أن يجتهدوا لاستنباط الأحكام المناسبة لها، إلى أن توجد دول تتفق على أن تلتزم بمبادئ شريعتنا، وأولها ما توجبه من تقديس حريات الشعوب والأفراد.

وإلى أن توجد دار الإسلام الكبرى التى تسود فيها الشريعة وتُلزم سلطانها بتطبيقها، فإن الكلام عن دار الإسلام ودار الحرب يكون سابقا لأوانه فى عصرنا. ووصف بلد معين لايلتزم بتطبيق الشريعة بأنه دار إسلام أو وصف جميع الدول غير الإسلامية بأنها دار حرب فيه تجاوز لا نقره، وقد قلنا إن جميع بلاد العالم الآن أصبحت دار عهد وسلام – ويجب أن يراعى ذلك فى كلامنا عن الإبعاد أو عن التسليم....

نحن نؤيد ما قاله فقيهنا من أنه ليس لدولة تصف نفسها بأنها إسلامية أن تحرم دخول رعايا دولة إسلامية أخرى إلى إقليمها ولا أن تمنعهم من الإقامة فيها بأى حجة. كما لايجوز لها أن تعاملهم معاملة أقل من معاملة مواطنيها، لأن المسلمين أمة واحدة ينتمى إليها جميع المسلمين برغم اختلاف دولهم وجنسياتهم وأوطانهم .

وقد سبقتنا كثير من الدول الأجنبية إلى إلغاء تأشيرات الدخول فيما بينها. وعلى الشعوب الإسلامية أن تطالب بتطبيق ذلك فيما بين الدول التى تصف نفسها بأنها إسلامية، أو التى تحكم شعوبا إسلامية ولو كانت تتباهى بأنها علمانية أو لادينية. كنا نتمنى أن يكون هذا هو أول أهداف منظمة المؤتمر الإسلامى التى يجب فى نظرنا أن تلزم الدول الأعضاء بعدم إطلاق وصف أجنبى على أى مسلم مهما تكن جنسيته، وأن توفر للمسلمين الذين يدخلونها أو يقيمون فيها جميع الحقوق التى يتمتع بها رعاياها.(١) ونؤيد رأيه بعدم مطالبة المسلمين بالحصول على تأشيرات دخول للبلاد الإسلامية، ولعلنا نقتدى فى ذلك بما فعلته الدول الأوربية من إلغاء تأشيرات الدخول فيما بينها ... وتمكين رعايا كل دولة منها بدخول الدول "الشقيقة" والإقامة والعمل فيها، والحصول على جميع حقوق المواطنة فيها دون أى قيد على ذلك ...

(١) مما يؤسف له أن بعض النظم ترحب بغير المسلمين فى بلادها، وتعاملهم باحترام ورعاية أكثر مما تعامل به المسلمين من "الدول الشقيقة" !!!... وقد آن الآوان لندعوهم للالتزام بالمبادئ الشرعية التى دافع عنها فقيهنا .

۞ المسلمون أمة واحدة مهما تعددت الدول المسيطرة عليهم :

إننى أعتقد أن الأوضاع التى شهدها فقيدنا كانت غير ما وصلنا إليه الآن. ونحن الآن أحوج إلى هذا الدفاع الحار الذى سجله فقيهنا قبل استشهاده، وكأنه كان ينظر بظهر الغيب، وكان يتوقع أن الشعوب الإسلامية وأفرادها سيكونون فى أشد الحاجة إلى أن يشعروا بانتمائهم إلى أمة واحدة أنشأها هذه الشريعة وفرضت لكل من ينتمى إليها ضمان حقوقه الإنسانية، سواء حقه فى اللجوء هربا من الاضطهاد، أو عدم إبعاده، أو عدم منعه من دخول أرض إسلامية أيا كانت الدولة التى تسيطر عليها ...

ولا نعتقد أنه كان يتوقع أن تسبقنا الدول الأوربية التى اكتوت بنار الحرب العالمية الثانية التى استمرت عدة سنوات مات فيها ملايين من أبنائها وخربت مدن وقرى ومصانع وطرق وبلغ العداء بينها أقصاه، ثم بعد ذلك تسبقنا إلى الوحدة والاتحاد وإعطاء المواطن فى كل منها حقه الكامل فى دخول البلاد الأخرى التى كانت تعادى بلاده وتحاربها، وحقه فى الإقامة والعمل فيها .

إننا نحن أولى بذلك كله لأن شريعتنا الإلهية أعطتنا المبادئ والأصول والأسس التى تقوم عليها الأخوة والمساواة بين المسلمين مهما اختلفت أقطارهم أو "دولهم" ... ولم يكن بين هذه الدول مثل ما وقع بين الدول الأوربية من حروب ما زالت آثارها باقية – بل كنا جميعا دولة واحدة عظمى موحدة تسودها شريعة تفرض علينا التعاون والتضامن والوحدة والمساواة ...

لقد وصل حالنا من السوء إلى أن بعض حكامنا يحاربون كل من يدعو إلى التقارب بين شعوبنا أو التعاون بينها ... ويعقدون المؤتمرات والندوات للتقارب والتعاون بينهم وبين دول أجنبية أخرى ما زالت لها مطامع فى بلادنا ... وتستدرجنا للاعتراف لدول غير إسلامية ولرعاياها بكل الحقوق والامتيازات باسم "الشرق الأوسط" أو "البحر المتوسط" واستبعاد كل دعوة للوحدة باسم الإسلام واضطهاد من يسعون لذلك بحجج واهية لاأساس لها .

عوده ٢٣٠ـ *إبعاد الحربيين* ـ ليس للحربيين أن يدخلوا دار الإسلام إلا بإذن خاص، أو بناء على عهد طبقا لقواعد الشريعة الإسلامية. وليس لهم إذا سمح لهم بدخول دار الإسلام أن يقيموا فيها إلا إقامة مؤقتة لاتزيد على سنة واحدة فى رأى أبي حنيفة والشافعى وبعض الحنابلة(١)، أما البعض الآخر فيرى مع مالك أن الإقامة المؤقتة ليس لها مدة معينة(٢). والأصل عند الشافعى أن مدة الإقامة لاتزيد على أربعة أشهر إلا إذا رأى الإمام إطالتها وكان فى ذلك مصلحة(٣) -٣٨١- .

وإذا انتهت مدة إقامة الحربى كان من حق الدولة الإسلامية أن تبعده من أرضها. ولها أن تبعده ولو لم تنته مدة إقامته إذا أتى مايخل بالأمن، أو خشى منه الاخلال بالأمن، تطبيقا لقوله تعالى: ﴿وإما تخافنَّ من قوم خيانة فانبذ إليهم على سَواء﴾ [الأنفال:٥٨]. ولقوله تعالى :﴿فما استقاموا لكم فاستقيموا لهم﴾[التوبة:٧]. على أنه يشترط عند الإبعاد أن يبعد الحربى – أو المسلم من باب أولى – إلى مكان يأمن فيه على نفسه، أو أن يرد إلى مأمنه، لأنه دخل دار الإسلام على أمان، فوجب ألا يعرض للهلكة، وأن يرد إلى المكان الذى يأمن فيه، وذلك قوله تعالى:﴿ثم أبلغه مأمنه﴾ [التوبة:٦].

ويلاحظ أنه لايجوز إبعاد الذمى ولو خشى من خيانته، أو أتى مايدل على خيانته-٣٨٢- ، ويفرقون بينه وبين المستأمن بأن الذمى من رعايا الدولة، ويقيم فى دار الإسلام إقامة دائمة، فهو كالمسلم فى قبضة الإمام، وخيانته إن ظهرت يمكن استدراكها وعقابه عليها كخيانة المسلم، أما المستأمن فليس كذلك، ومن الصعب استدراك خيانته(٤).

الصدر تعليق "رقم-٣٨١-": تعيين مدة إقامته بيد الإمام، فهو يعينها تبعا لما يراه من المصلحة. فإن رأى الإمام المصلحة فى أن مدة إقامته لاتزيد على يوم فلا يسمح له بالزيادة، وإن رأى المصلحة فى إطالة بقائه فيسمح له بذلك.

الصدر تعليق "رقم-٣٨٢-": إلا إذا اشترط فى عقد الذمة عدم إيذاء المسلمين، فمع ظهور الخيانة منه يخرج من الذمة وللحاكم الشرعى حينئذ إخراجه.

الشاوى رأينا فى "التعليقين-٣٨١-، -٣٨٢-": أن ماقاله السيد الصدر هو ماتوصلت له النظم الحديثة، ويتفق مع مبادئ شريعتنا.

---

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٣٥١، المغنى جـ ١٠ ص ٤٣٧.

(٢) المغنى جـ ١٠ ص ٤٣٦، مواهب الجليل جـ ٣ ص ٣٥٩.

(٣) أسنى المطالب جـ ٤ ص ٢٠٤.

(٤) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٢٩٤، مواهب الجليل جـ ٣ ص ٣٨٦، المهذب جـ ٢ ص ٢٩٤، المغنى جـ ١٠ ص ٥٢٠ ومابعدها.

‹عوده› ٢٣١ـ *الشريعة والقوانين* :ـ تأخذ القوانين الوضعية بمبدإ منع الأجانب من دخول أرض الوطن، وإبعادهم عنها بعد دخولهم كلما اقتضت ذلك مصلحة عامة. ولاتجيز القوانين الوضعية دخول الأجانب أرض الدولة إلا بإذن، على أن يقيموا إقامة مؤقتة، فإذا انتهت هذه المدة أخرجوا من أرض الدولة مالم تجدد مدة الإقامة. وهذه المبادئ التى لم تعرفها القوانين الوضعية إلا أخيرا هى نفس المبادئ التى جاءت بها الشريعة من ثلاثة عشر قرنا. وتتفق القوانين الوضعية مع الشريعة أيضا فى عدم جواز إبعاد رعايا الدولة، أو منعهم من دخول أرض الوطن، ولكن القوانين الوضعية تختلف مع الشريعة فى أن القوانين لاتوجب إبلاغ الشخص المبعد إلى مأمنه، كما توجب ذلك الشريعة، ويكفى فى معظم القوانين أن يبعد الشخص عن أرض الدولة ولو عرضه ذلك للهلاك، وتفوق الشريعة فى هذه المسألة لايحتاج إيضاحا.

٢٣٢ـ *الجنسية فى الشريعة* :- تقوم الجنسية فى الشريعة الإسلامية على أساس الدار، أو بتعبير آخر على أساس الإسلام ومسالمته، والتزام أحكامه أو الكفر به. فأهل دار الإسلام لهم جنسية واحدة سواء كانوا مسلمين أو ذميين، محكومين بحكومة واحدة أو بحكومات متعددة. ومهما تميز المصرى عن السورى أو العراقى أو المغربى فذلك تمييز محلى أو إقليمى لاينبنى عليه حكم شرعى ولايؤدى إلى تمييز فى الخارج.

وأهل دار الحرب لهم جنسية واحدة مهما تعددت بلادهم وحكوماتهم ومهما تميز الإنجليزى عن الفرنسى أو الأمريكى، فذلك تمييز داخلى فيما بينهم، ولكن أحكام الشريعة واحدة بالنسبة لهم جميعا متفرقين ومجتمعين. على أن الشريعة لاتمنع من النظر إلى الدول الأجنبية المختلفة كل على حدة بسبب ظروفها، فيجوز مثلا أن يكون بين المسلمين وبين الإنجليز حرب، وأن يكون بين المسلمين وبين الفرنسيين عهد أو هدنة، وهكذا.

وأساس الجنسية فى دار الإسلام اعتناق الإسلام أو التزام أحكامه، فمن اعتنق الإسلام فهو مسلم، ومن التزم أحكام الإسلام ولم يسلم فهو ذمى، وأساس الجنسية فى دار الحرب هى إنكار الإسلام وعدم التزام أحكامه.

وتتغير الجنسية فى الشريعة بتغيير الأساس التى تقوم عليه، فتتغير جنسية الحربى باعتناق الإسلام، أو بالدخول فى ذمة المسلمين والتزام أحكام الإسلام.

ويشترط للدخول فى الذمة الهجرة إلى دار الإسلام، فلا يُعَدُّ المحارب ذميا وهو فى بلده إلا أن يدخل البلد كله فى الذمة ويلتزم أهله أحكام الإسلام فلا تشترط حينئذ الهجرة، لأن البلد يصبح بذلك دار إسلام. وتتغير جنسية المحارب بإسلامه دون حاجة لهجرته إلى دار الإسلام، وإن كان أبو حنيفة يشترط لعَدِّه معصوما أن يهاجر إلى دار الإسلام.

عوده وتتغير جنسية المسلم والذمى بتغيير الأساس الذى تقوم عليه. فتتغير جنسية المسلم بالردة، وتتغير جنسية الذمى بعدم التزام أحكام الإسلام، وبالإقامة الدائمة فى دار الحرب-٣٨٣- .

والزواج يجعل الزوجة تابعة للزوج، ولكنه لايؤدى وحده لتغير الجنسية. فالمسلم أو الذمى إذا تزوج فى دار الحرب من محاربة لم تلحق به الزوجة فى جنسيته إلا إذا دخلت دار الإسلام، فإن دخلت دار الإسلام أصبحت بالزواج والهجرة لدار الإسلام ذمية. وإذا تزوج المستأمن فى دار الإسلام من ذمية فلايصير ذميا بزواجها، ولاتصير هى بزواجه حربية، إلا إذا رضى هو أن يقيم فى دار الإسلام إقامة دائمة فيصبح ذميا-٣٨٤-، وإلا إذا هاجرت هى مع زوجها إلى دار الحرب. وإذا تزوج المسلم من حربية فأسلمت تغيرت جنسيتها بالإسلام دون حاجة للهجرة، لأن الجنسية تتغير أصلا بالإسلام وحده، فالزواج ليس هو الذى يكسب الجنسية وإنما هو الإسلام والتزام أحكامه والإقامة بداره. وتغير جنسية الزوج لايؤثر على جنسية المرأة، فالذمى إذا أقام بدار الحرب ولم تلتحق به زوجته صار حربيا، وبقيت هى ذمية، والمسلم إذا ارتد صار حربيا، ولم يؤثر ذلك على جنسية زوجته إلا إذا ارتدت مثله.

ويتبع الصغار ومن فى حكمهم كالمجنون أبويهم فى الجنسية. فإذا أسلم الزوجان أو دخلا فى الذمة تبعهما أولادهما غير المميزين، وإذا أسلم الأب وحده أو دخل فى الذمة تبعه الأولاد غير المميزين، وإذا أسلمت الأم وحدها أو دخلت فى الذمة تبعها الأولاد غير المميزين فى رأى أبى حنيفة والشافعى وأحمد-٣٨٥-، وتبعوا الأب فى رأى مالك .

ويتبع الأولاد غير المميزين أبويهم فى الجنسية على الوجه السابق كلما كان التغيير من جنسية أدنى إلى جنسية أعلى. والجنسية الإسلامية هى العليا؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : "الإسلام يعلو ولايعلى". فإذا كان التغيير من الجنسية العليا إلى الجنسية الدنيا فلا يتبع الأولاد من غير جنسيته من الأبوين، بل يبقون على جنسيتهم

الصدر تعليق "رقم-٣٨٣-": كما تتغير جنسيته بنقضه لشرائط الذمة وخروجه بذلك عن الذمة.

الصدر تعليق "رقم-٣٨٤-": إذا التزم بشرائط الذمة.

الصدر تعليق "رقم-٣٨٥-": وهو الرأى الراجح عندنا.

الشاوى رأينا فى "التعليقات-٣٨٣- إلى-٣٨٥- تراجع الحاشية.

〈عوده〉 الأولى. فإذا ارتد الزوجان المسلمان وأصبحا محاربين بقى أولادهما غير المميزين مسلمين-٣٨٦-، وكذلك الحكم لو ارتد أحد الأبوين فقط(١).

هذه هى القاعدة العامة التى تقوم عليها الجنسية فى الشريعة الإسلامية، وهناك تفاصيل ليس هذا محل ذكرها، وهذه القواعد العامة التى جاءت بها الشريعة هى نفس القواعد العامة التى تأخذ بها القوانين الوضعية اليوم فى مسائل الجنسية. فالجنسية تقوم فى القوانين على أساس الإقليم، فكل من يقيم إقامة دائمة فى أرض الدولة فله جنسيتها. وهذا يقابل الإقامة الدائمة فى دار الإسلام. وتسقط الجنسية عن الشخص وتتغير إذا أقام فى أرض دولة أخرى مدة معينة ورضى بالدخول فى جنسيتها. وتتبع المرأة جنسية الزوج بشروط معينة، ويتبع الأولاد الصغار جنسية الأبوين كقاعدة عامة.

[الصدر] تعليق "رقم-٣٨٦-": إذا بقوا فى بلاد الإسلام وتحت حماية المسلمين.

[الشاوى] رأينا فى "التعليق-٣٨٦-": تراجع الحاشية.

(١) المغنى جـ ١٠ من ص ٩٣ إلى ٩٦، مجلة القانون والاقتصاد س ١ ع ١ ص١١، ١٤ شرح الزرقانى جـ ٨ ص ٦٩ - أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٢٣.

۞ 230 –232 – الذميون مواطنون لايجوز إبعادهم، والأجانب المعاهدون يطبق عليهم مبدأ المعاملة بالمثل، والجنسية علاقة سياسية :

إننا نؤيد القول بأن الذمى مواطن كالمسلم لايجوز إبعاده. أما الأجانب المعاهدون، فلابد أن يطبق فى شأنهم مبدأ المعاملة بالمثل، ورأينا أنه لايصح وصفهم جميعا بأنهم "حربيون"، وصفة الحربيين أصبحت مقصورة على من توجد بيننا وبينهم حالة حرب.. أما غيرهم من "الأجانب" فهم معاهدون وتطبق بشأنهم المعاهدات والاتفاقات الثنائية والجماعية.

ويسرنا إشارته إلى المبدإ القرآنى الذى يفرض عدم إبعاد أى شخص إلا إذا وجد له مأمنا بنص القرآن بالنسبة لغير المسلم والمسلم أولى بذلك، بل الأصح أنه لايبعد من أى بلد إسلامى لأنه من أهل دار الإسلام، وهذا ما تطبقه الآن بعض النظم الوضعية فى البلاد الأجنبية – ومما يؤسف له أن دولا عديدة يصفها البعض بأنها إسلامية لاتلتزم بهذا المبدإ الشرعى ...

وعلى فقهائنا أن يدعوا المسلمين لإلزام السلطة القائمة فى بلادهم بهذا المبدإ الذى قرره القرآن بنص صريح، امتثالا لأمره تعالى بالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر. وعجزهم عن ذلك لايبرر لهم القول بجواز الاعتداء على الأفراد بحجة إهدار دمائهم، لأن الإهدار حق للقضاء وحده ولايجوز للأفراد أن يدعوا لأنفسهم الحكم به.

* * *

لم تُعرف كلمة الجنسية فى الفقه الإسلامى ولا كُتبه فى عصور الدول الإسلامية المبنية على مبدإ أن وحدة الأمة تستلزم وحدة الدولة، لكنها دخلت قاموس القوانين الوضعية فى البلاد الإسلامية فى العصور المتأخرة نقلا عن القوانين الأجنبية. ولذلك، فإن تحديد مضمونها يرجع فيه إلى مصدرها الوضعى ولاينسب إلى شريعتنا، ومضمونها التزام الفرد بالولاء للدولة التى يحمل جنسيتها مقابل حمايتها له ولحقوقه بحسبانه ممن يُعَدُّون رعاياها.

وفى عصرنا الحاضر لم يعد هناك ارتباط بين وحدة الأمة ووحدة الدولة الإسلامية – فقد تعددت دول المسلمين برغم استمرار وحدة الأمة – ولذلك فإن الجنسية وُجدت الآن لتحديد الدولة التى ينتمى إليها كل مواطن، فمعيارها سياسى وليس دينيا. ولانوافق على القول الآن بأن أساسها الدار كما يقول فقيهنا، لأن الدار كانت تشمل إقليم الدولة الإسلامية الكبرى التى كانت تسيطر على العالم الإسلامى كله – فى الماضى – أما الآن فى عهد تعدد الدول فقد تجزأت دار الإسلام وأصبحت الجنسية ولاء للدولة القطرية. ومع ذلك فإن الإسلام يعطى للمسلم حقوقا معينة فى بلاد الإسلام بسبب انتمائه إلى الأمة الإسلامية .

{٤١٨/ب}

❁ الجنسية علاقة سياسية، لكن الدين علاقة تكافل وأخوة تربط كل مسلم بالأمة الإسلامية الكبرى :

ونحن نؤيد ما قاله من أن المواطنين فى "دار الإسلام" يكونون مسلمين أو ذميين، وهذا مبدأ إسلامى معروف منذ نشأت دولة المدينة فى عهد رسولنا الكريم، حيث قررت "صحيفة المدينة" -وهى أول دستور مكتوب فى الإسلام- مبدأ انتماء الذميين للدولة الناشئة التى أسسها الرسول الأمين، وبالتالى فهم مواطنون فيها ويحملون جنسيتها .

وعندما يتحد المسلمون فى ظل دولة واحدة فى جميع أقطار دار الإسلام، فإن الجنسية يصبح أساسها الدار الكبرى التى تعرف باسم دار الإسلام. ومع ذلك، فإننا نرى أن المسلمين فى الدول الأجنبية التى تُعَدّ دار عهد وسلام يجب أن يحتفظوا بولائهم وانتمائهم إلى الأمة الإسلامية، وهى علاقة أخوة وتكافل وتضامن، برغم أنهم لايحملون جنسية دولة الإسلام الكبرى ولا الدول القطرية التى تمثل الشعوب الإسلامية المختلفة، بل يحملون جنسية دولة أجنبية ويخضعون لقوانينها، وانتماؤهم للأمة فى هذه الحالة يختلف عن أن انتماءهم للدولة الأجنبية التى يحملون جنسيتها أساسه ولاؤهم سياسيا لها كمواطنين، أساسه الجنسية وليس أساسه الدين، أما الدين فيربطهم بالأمة الإسلامية برابطة أخوة وتكافل شخصى.

إننا نقر قوله بأن الجنسية أساسها الدار بشرط أن يُقصد بكلمة الدار إقليم الدولة سواء كانت دولة إسلامية كبرى موحدة، أو دولا قطرية متعددة وليس أساسها عقيدة الفرد ولاديانته؛ فقد يكون من رعايا دولة الإسلام ومواطنيها غير مسلمين كما يوجد مسلمون ينتمون سياسيا لدول أجنبية. ونعتقد أن هذا هو ما قصده فقهاؤنا عندما عرَّفوا دار الإسلام بأنها الإقليم الخاضع لسيطرة المسلمين، ولم يقولوا إنها الإقليم الذى يقيم فيه أو يعيش به المسلمون، لأن المسلم يمكن أن يعيش فى دار أخرى غير دار الإسلام ومع ذلك تبقى له ديانته وإن تغيرت جنسيته، كما أن غير المسلم يمكن أن يكون مواطنا لدولة إسلامية يتمتع بجنسيتها.

ونعتقد أنه أشار لذلك عندما قرر صراحة أن القواعد العامة فى الشريعة هى نفس القواعد العامة التى تأخذ بها القوانين الوضعية اليوم فى مسائل الجنسية. فالجنسية (فى نظره ونظرنا) تقوم على أساس الإقليم أو الولاء للدولة ...

ووحدة الأسرة توجب أن يتبع جميع أفرادها الأب أو الزوج فى جنسيته - وهذا مبدأ شرعى ووضعى، لا نرى دخول أى قيد عليه بسبب الدين أو العقيدة، ما دام الزواج الذى هو أساس الأسرة صحيحا شرعا .

ونخشى أنه يصر على استعماله لصفة حربى لكل من ينتمي لجنسية غير إسلامية، ونحن قد قلنا مرارا إن هذا القول لم يعد يطابق واقع عصرنا لأن الأصل أن جميع الأجانب الآن معاهدون مسالمون، وإذا وجد من ينتمى لدولة فى حالة حرب فعلية مع دولة إسلامية، فإن هذا وضع شاذ واستثنائى ومؤقت لا يجوز القول بسريانه على كل من ينتمى لجنسية دولة غير إسلامية.

الفصل الرابع
فى سريان النصوص الجنائية على الأشخاص

﴿عوده﴾ ٢٣٣- *تمهيد تاريخى* : كان القانون الوضعى حتى آخر القرن الثامن عشر يميز بين الأفراد، ولايعترف بالمساواة بين المحكومين. وكان يميز بينهم فى المحاكمة وفى توقيع العقوبة، وفى تنفيذ العقوبة. وكانت المحاكم تتعدد تبعا لتعدد طوائف الأمة، فللأشراف محاكم خاصة وقضاة من طبقة معينة، ولرجال الدين محاكم خاصة وللجمهور محاكم خاصة، ولكل من هاتين الطائفتين قضاهًا. وكانت الجريمة الواحدة يعاقَب عليها أمام هذه المحاكم المختلفة بعقوبات مختلفة. وكان لشخصية الجانى اعتبارها فى القانون، فالعمل الذى يأتيه الشريف ويعاقب عليه بأتفه العقوبات، يعاقب عليه الشخص العادى إذا أتاه بأقصى العقوبات. وكانت العقوبة تنفذ على الشريف بطريقة تتفق مع شرفه، ولكنها تنفذ على رجل الشارع بطريقة تتفق مع ضعته وحطته؛ فإذا حكم بالإعدام مثلا على شريف ووضيع ضربت رقبة الشريف بالسيف، وشنق الوضيع فى حبل كما تشنق الكلاب. وكانت بعض الأفعال تُعَدُّ جرائم إذا أتاها العامة يحاسبون عليها أشد الحساب، بينما يأتيها الأشراف ورجال الدين فى كل وقت فلا يحاسبون عليها ولايحاكمون عنها.

كان هذا شأن القانون الجنائى الوضعى حتى أواخر القرن الثامن عشر، أو حتى جاءت الثورة الفرنسية، فجعلت المساواة أساسا من الأسس الأولية فى القانون، وأصبحت القاعدة أن تسرى نصوص القوانين على الجميع. ولكن مبدأ المساواة بالرغم من ذلك لم يطبق تطبيقا دقيقا حتى الآن، إذ لم يكن من السهل التخلص من التقاليد القديمة دفعة واحدة وإنكار الماضى كله، فبقيت حالات من التمييز وعدم المساواة عُدَّت استثناءات من مبدإ المساواة التامة، وراح بعض الكتاب ينتحل لها المعاذير أو يسوِّغها بحيل قانونية، بينما راح البعض ينتقدها ويطالب بإلغائها. وكانت الغلبة للفريق الأخير، إذ اتجهت إلى رأيه بعض التشريعات الحديثة التى وضعت فى آخر القرن التاسع عشر وفى القرن الحالى، فضيقت من مدى هذه الاستثناءات، أو حاولت أن تقضى على بعضها. وأغلب المفكرين اليوم يدعون إلى المساواة التامة، ويعملون جاهدين لتحقيقها، وقد تتحقق المساواة التامة قريبا وقد لاتتحقق، ولكنها الأمل الذى تختلج له القلوب وتتجه إليه الإنسانية.

<عوده> ٢٣٤ ـ *أمثلة على عدم المساواة في القوانين الوضعية* : ومن أظهر الأمثلة على عدم المساواة فى القوانين الوضعية مايأتى :

أ ـ *تمييز رئيس الدولة* :ـ تميز القوانين الوضعية دائما بين رئيس الدولة الأعلى، ملكا كان أو رئيس جمهورية، وبين باقى الأفراد. فبينما يخضع الأفراد للقانون لايخضع له رئيس الدولة بحجة أنه مصدر القانون، وأنه السلطة العليا، فلا يصح أن يخضع لسلطة هى أدنى منه وهو مصدرها.

وتَعُدّ بعض الدساتير ذات الملك مقدسة، كالدستور الدانمركى والدستور الإسبانى قبل الجمهورية، أما الدستور الإنجليزى فيجعل ذات الملك مصونة لاتمس، ويفترض أن الملك لايخطئ، وفى بلجيكا ومصر ذات الملك مصونة لاتمس، وكذلك كان الحال فى إيطاليا ورومانيا قبل إلغاء النظام الملكى.

والأصل فى النظام الجمهورى أن رئيس الجمهورية غير مسئول، وكانت شعوب العالم تعترف بهذا الوضع لرؤساء الدول الجمهورية حتى القرن التاسع عشر، ثم بدأت تخرج عليه تحقيقا لمبدإ المساواة. فالدستور الفرنسى يجعل رئيس الجمهورية مسئولا جنائيا فى حالة واحدة هى حالة الخيانة العظمى، ودستور تشيكوسلوفاكيا قبل الحرب الأخيرة أجاز التحقيق مع رئيس الجمهورية فى حالة الخيانة العظمى. والدستور البولندى الذى وضع بعد حرب سنة ١٩١٤ جعل رئيس الجمهورية مسئولا جنائيا فى حالة الخيانة العظمى والاعتداء على الدستور، كما جعله مسئولا إذا ارتكب جريمة عادية، واشترط لمحاكمته إذن البرلمان وأغلبية خاصة.

ونستطيع أن نستخلص مما سبق أن القوانين الوضعية تأخذ بنظريات ثلاث فى مسئولية رؤساء الدول عما يرتكبون من جرائم : فالنظرية الأولى لاتجعل الرئيس مسئولا عن أى جريمة ارتكبها، والنظرية الثانية تجعله مسئولا عن بعض الجرائم دون البعض الآخر، والنظرية الثالثة تجعله مسئولا عن كل الجرائم التى يرتكبها.

ولاشك فى أن مسئولية رؤساء الدول قد تطورت فى القوانين الوضعية تطورا عظيما، فبعد أن كانت القاعدة العامة – حتى القرن الثامن عشر – إعفاءهم من المسئولية إعفاء تاما، أهملت تلك القاعدة، وأصبح الكثيرون من رؤساء الدول مسئولين مسئولية جزئية أو مسئولية تامة.

ب ـ *تمييز رؤساء الدول الأجنبية* : وتعفى القوانين الوضعية رؤساء الدول الأجنبية، ملوكا كانوا أو رؤساء جمهوريات، من أن يحاكموا على مايرتكبونه من الجرائم فى أى بلد آخر غير بلادهم، سواء دخلوه بصفة رسمية أو متنكرين، وهذا الاعفاء يشمل كل أفراد حاشية الملك أو رئيس الجمهورية. وحجة شراح القوانين فى هذا الإعفاء أن

⟨عوده⟩ إجازة محاكمة رؤساء الدول وأفراد حاشيتهم لاتتفق مع مايجب لهم من كرم الضيافة والتوقير والاحترام، وهي حجة لاتستقيم مع المنطق لأن رئيس الدولة الذى ينزل بنفسه إلى حد ارتكاب الجرائم يخرج على قواعد الضيافة، ولايستحق شيئا من التوقير والاحترام. ومثل هذا يقال فى أفراد الحاشية. والواقع أن الإعفاء تقليد قديم كان معمولا به قبل أن تأخذ القوانين الوضعية بمبدإ المساواة، وظل معمولا به حتى اليوم، وقد ساعد على بقائه اعتراف الدول به، وصيرورته جزءا من القانون الدولى، والمعروف أن القانون الدولى لايتطور بمثل السرعة التى تتطور بها القوانين الخاصة.

جـ - تمييز رجال السلك السياسي : تعفى القوانين الوضعية المفوضين السياسيين الذين يمثلون الدول الأجنبية من أن يسرى عليهم قانون الدولة التى يعملون فيها، ويشمل الإعفاء حاشيتهم وأعضاء أسرهم. وحجة شراح القوانين فى هذا الإعفاء أن الممثلين السياسيين يمثلون دولهم أمام الدولة التى يعملون فى أرضها، وليس لدولة على أخرى حق العقاب، وأن الإعفاء ضرورى لتمكينهم من أداء وظائفهم، وحتى لاتتعطل بتعريضهم للقبض والتفتيش والمحاكمة. ويمكن الرد على هاتين الحجتين بأن الممثل السياسى ليس إلا فردا من رعايا دولة أجنبية، وأن للدولة حق العقاب على رعايا الدول الأجنبية إذا ارتكبوا جريمة فى أرضها، ولايمكن أن يعطل سريان القانون على الممثل السياسى أعمال هذا الممثل مادام يحترم القانون ويطيعه ولايعرض نفسه للوقوع تحت طائلته.

د - تمييز أعضاء الهيئة التشريعية : وتعفى القوانين الوضعية ممثلى الشعب فى البلاد النيابية من العقاب على مايصدر منهم من الأقوال فى أثناء تأدية وظائفهم. وقد أخذ الدستور المصرى بهذا الاتجاه، فمنع من مؤاخذة أعضاء البرلمان على مايبدونه من الأفكار والآراء فى المجلسين[1]، أى أنه أعفاهم من المسئولية عن الجرائم القولية الشفوية أو الكتابية التى تلقى أو تكتب فى دارَى المجلسين. والمقصود من هذا الإعفاء إعطاء أعضاء البرلمان قدرا من الحرية يساعدهم على أداء وظائفهم حق الأداء، إلا أن الإعفاء بالرغم من هذا اعتداء صارخ على مبدإ المساواة؛ لأن هناك مجالس نيابية أخرى هى مجالس المديريات ليس لأعضائها أن يتمتعوا بمثل الحصانة التى يتمتع بها أعضاء البرلمان؛ ولأن هناك من الوطنيين من يشتغل بالمسائل العامة وله فيها تأثير أكثر مما لأى عضو من أعضاء البرلمان، وبالرغم من ذلك فهم محرومون من مثل حصانة أعضاء البرلمان.

---

(١) المادة ١٠٩ من الدستور المصرى.

<عوده> هـ - *تمييز الأغنياء*: وتميز القوانين الوضعية الأغنياء على الفقراء فى كثير من الحالات. ومن الأمثلة على ذلك فى القانون المصرى أن قانون تحقيق الجنايات يوجب على القاضى أن يحكم بالحبس فى كثير من الجرائم، على أن يقدر للمحكوم عليه كفالة مالية إذا دفعها أجل تنفيذ الحكم عليه حتى يفصل فى الاستئناف، وإن لم يدفعها حبس دون انتظار لنتيجة الاستئناف[1]. وفى هذا خروج ظاهر على مبدإ المساواة، إذ يستطيع الغنى دائما أن يدفع الكفالة فلا ينفذ عليه الحكم، بينما يعجز الفقير عن دفعها فى أغلب الأحوال، فينفذ عليه الحكم فى الحال.

ويجيز قانون تحقيق الجنايات المصرى للمتهم المحبوس أن يعترض على حبسه، فينظر اعتراضه أمام القاضى، وللأخير أن يفرج عن المتهم بضمان مالى[2]. وفى تقرير مبدإ الضمان المالى خروج ظاهر على مبدإ المساواة لأن الغنى يستطيع دائما أن يدفع الضمان المالى، فيخرج من محبسه. أما الفقير فهو فى أغلب الأحوال عاجز عن دفع الضمان، فيظل رهين محبسه، وقد تقضى المحكمة ببراءته مما نسب إليه، فتكون النتيجة أنه حبس لا لأنه أجرم، بل لأنه عجز عن دفع الكفالة أو بتعبير آخر؛ لأنه فقير.

و - *تمييز الظاهرين من أفراد الجماعة* : وتميز القوانين الوضعية الظاهرين من أفراد الجماعة على غيرهم. ومن الأمثلة على ذلك فى القانون المصرى أن لوكيل النيابة أن يرفع الدعوى العمومية على المتهم فى جنحة دون استئذان جهة ما، ولكن إذا كان المتهم موظفا أو محاميا أو طبيبا أو عضوا فى البرلمان أو شخصية ظاهرة، فإن وكيل النيابة لايستطيع رفع الدعوى العمومية إلا بعد استئذان جهات معينة، ويجوز لوكيل النيابة أن يحفظ القضية اكتفاء بجزاء إدارى يوقع على الموظف أو الطبيب أو المحامى، وبذلك ينجو المتهم من العقوبة الجنائية،ومثل هذا الحفظ غير ممكن بالنسبة لأفراد الشعب العاديين.

ويجيز القانون المصرى لمن وقع عليه ضرر من جريمة أن يطالب بتعويض ماأصابه من الضرر، والمحاكم حين تقدر هذا التعويض تراعى مركز الشخص وماله، وما أصابه من ضرر وما فاته من نفع. فلو أن مدير شركة وعاملا فى نفس الشركة أصيبا فى حادث واحد بإصابات متماثلة فطالبا بتعويض، لكان التعويض الذى يحكم به لمدير الشركة ضخما كبيرا، ولكان التعويض الذى يحكم به للعامل تافها ضئيلا.

---

(١) المادة ١٨٠ من قانون تحقيق الجنايات المصرى.

(٢) المواد من ١٠٤ إلى ١١٠ من قانون تحقيق الجنايات.

〈عوده〉 وقد جرى الشارع المصرى على هذه الطريقة فيما حدده من تعويضات عن إصابات العمال فى أثناء عملهم بإصابات تؤدى إلى تعطيلهم أو عجزهم أو وفاتهم، حيث أوجب أن يكون تعويض العامل أو ورثته على أساس مرتب العامل فى مدة معينة ولمدة معينة. فإن كان مرتبه صغيرا كان تعويضه كذلك، وإن كان مرتبه كبيرا كبر التعويض[1] . ويترتب على ذلك أنه لو أصيب عاملان معا فى مصنع واحد، وفى حادث واحد، وتحت ظروف واحدة، ففقد كل منهما ذراعه اليمنى، أو يده اليمنى، أو إبهامه الأيمن مثلا، فإن صاحب المرتب الأقل منهما يكون تعويضه أقل من التعويض الذى يصرف لزميله.

٢٣٥ـ *بين القانون والشريعة* : هذه هى نظرية المساواة، كما تطلع علينا بها القوانين الوضعية الحديثة، لاتزال مهيضة الجناح، مقصوصة الأطراف، لم تسو بين الرؤساء والمرءوسين، والحاكمين والمحكومين، ولم تسو بين الفرد والفرد، ولابين الجماعة والجماعة، ولابين الغنى والفقير.

وقد يدهش بعض الذين لايعلمون أن يعلموا أن نظرية المساواة التى لم يتم نضجها وتكوينها فى القانون الوضعى الحديث قد نضجت تمام النضج، وتكونت تمام التكوين، ووصلت إلى أقصى مداها فى الشريعة الإسلامية. ولاتمتاز الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية بهذا فقط، بل تمتاز عليها أيضا بأنها عرفت نظرية المساواة على هذا الوجه من أربعة عشر قرنا، بينما لم تبدأ القوانين الوضعية بمعرفتها إلا فى آخر القرن الثامن عشر.

ويستطيع المفكرون المثاليون طلاب المساواة التامة أن يرجعوا إلى الشريعة الإسلامية، فإن المساواة التامة التى يبحثون عنها قائمة فى الشريعة، يحوطها من جمال التكوين، وجلال التقنين، وعدالة التشريع،مايبهر أبصارهم ويحير ألبابهم،ولكنه دون شك يحقق أحلامهم ويشبع أطماعهم.

٢٣٦ـ *نظرية المساواة فى الشريعة* :ـ جاءت الشريعة من يوم نزولها بنظرية المساواة التامة، فقررت المساواة على إطلاقها، فلا قيود ولا استثناءات، وإنما مساواة تامة بين الأفراد، ومساواة تامة بين الجماعات، ومساواة تامة بين الأجناس، ومساواة تامة بين الحاكمين والمحكومين، ومساواة تامة بين الرؤساء والمرءوسين، لافضل لرجل على رجل، ولا لأبيض على أسود، ولا لعربى على عجمى. وذلك قول الله تعالى : ﴿يأيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم﴾ [الحجرات:١٣]. وذلك ماأكده رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قوله: "الناس سواسية كأسنان المشط الواحد، لافضل لعربى على عجمى إلا بالتقوى"،

(١) المواد من ٢٥ إلى ٢٩ من ق٦٤/١٩٣٦ الخاص بإصابات العمال والجدول الملحق به.

عوده

وفى قوله: "إن الله قد أذهب بالإسلام نخوة الجاهلية وتفاخرهم بآبائهم، لأن الناس من آدم، وآدم من تراب، وأكرمهم عند الله أتقاهم".

فالناس جميعا فى الشريعة متساوون على اختلاف شعوبهم وقبائلهم، متساوون فى الحقوق، متساوون فى الواجبات، متساوون فى المسئوليات، وهم فى ذلك كأسنان المشط الواحد لاتزيد سن على سن، ولاتنقص سن عن سن، أو هم فى ذلك كأبناء الرجل الواحد والمرأة الواحدة، ترشحهم وحدة أصلهم إلى المساواة فى حقوقهم، وواجباتهم ومسئولياتهم، لافضل لرجل على رجل كما يفضل اليوم أبناء إنجلترا وفرنسا على أبناء المستعمرات التابعة لهاتين الدولتين، ولافضل لأبيض على أسود كما يفضل اليوم الأمريكى الأبيض على الأمريكى الأسود، ولافضل لعربى على عجمى، أى لافضل لجنس على جنس كما ادعت ألمانيا وغيرها من دول أوربا أفضليتها على بقية الأجناس.

والتقوى هى وحدها نصاب التفاضل بين الناس فى الشريعة الإسلامية، ولكنه تفاضل فى حدود معينة، تفاضل بين الناس عند ربهم فقط، فأكرمهم عند الله أتقاهم.

وكون التقى كريما على الله لا يعطيه حقا عند الناس يزيد على ما لغيره من الحقوق. فالتقوى صفة تؤثر فى صلة الإنسان بربه أكثر مما تؤثر فى صلة الإنسان بغيره، والتفاضل الذى ينشأ عن التقوى هو تفاضل معنوى لامادى.

وتطبق الشريعة مبدأ المساواة إلى أوسع مدى يتصوره العقل البشرى، ولهذا لاتفرق نصوصها بين الرؤساء والمرءوسين، ولابين الملوك والسوقة، ولابين ممثلى الدول السياسيين والرعايا العاديين، ولا بين ممثلى الشعب وأفراده، ولابين الأغنياء والفقراء، ولابين الظاهرين والخاملين. وسنبين فيما يلى حكم هذه الحالات التى جعلناها أمثلة على انعدام المساواة فى القوانين.

٢٣٧ـ *المساواة بين رؤساء الدول والرعايا* : تسوى الشريعة بين رؤساء الدول والرعايا فى سريان القانون، ومسئولية الجميع عن جرائمهم. ومن أجل ذلك، كان رؤساء الدول فى الشريعة أشخاصا لاقداسة لهم، ولايمتازون على غيرهم. وإذا ارتكب أحدهم جريمة عوقب عليها كما يعاقب أى فرد.

ولقد كان الرسول (ﷺ) – وهو نبى ورئيس دولة – لايدَّعى لنفسه قداسة ولا امتيازا، وكان يقول دائما : "إنما أنا بشر يوحى إلى"، و"هل كنت إلا بشرا رسولا؟". وكان قدوة لخلفائه وللمسلمين فى توكيد معانى المساواة بين الرؤساء والمرءوسين. دخل عليه أعرابى فأخذته هيبة الرسول. فقال له صلى الله عليه وسلم : "هوِّن عليك. فإنما أنا ابن امرأة كانت تأكل القديد". وتقاضاه غريم له دينا فأغلظ عليه، فهم به عمر بن الخطاب، فقال الرسول: "مه يا عمر، كنت أحوج إلى أن تأمرنى بالوفاء، وكان أحوج إلى

﴿عوده﴾ أن تأمره بالصبر[١]". وخرج فى أثناء مرضه الأخير بين الفضل بن عباس وعلى حتى جلس على المنبر، ثم قال: "أيها الناس من كنت جلدت له ظهرا فهذا ظهرى فليستقد منه،ومن كنت شتمت له عرضا فهذا عرضى فليستقد منه، ومن أخذت له مالا فهذا مالى فليأخذ منه، ولايخش الشحناء من قبلى فإنها ليست شأنى. ألا وإن أحبكم إلى من أخذ منى حقا إن كان له، أو حللنى فلقيت ربى وأنا طيب النفس". ثم نزل فصلى الظهر، ثم رجع إلى المنبر فعاد لمقالته الأولى[٢] .

وجاء خلفاء الرسول من بعده فنسجوا على منواله، واهتدوا بهديه. فهذا أبو بكر رضى الله عنه يصعد إلى المنبر بعد أن بويع بالخلافة، فتكون أول كلمة يقولها توكيدا لمعنى المساواة، ونفيا لمعنى الامتياز. فقال: "أيها الناس، قد وُلِّيتُ عليكم ولست بخيركم، إن أحسنت فأعينونى، وإن أسأت فقومونى". ثم يعلن فى آخر كلمته أن من حق الشعب الذى اختاره أن يعزله. فيقول : "أطيعونى ما أطعت الله ورسوله، فإذا عصيت الله ورسوله فلا طاعة لى عليكم[٣]".

وهذا عمر بن الخطاب يولى الخلافة فيكون أكثر تمسكا بهذه المعانى، حتى إنه ليرى قتل الخليفة الظالم. خطب يوما فقال: لوددت أنى وإياكم فى سفينة فى لجة البحر تذهب بنا شرقا وغربا، فلن يعجز الناس أن يولوا رجلا منهم، فإن استقام اتبعوه، وإن جنف قتلوه. فقال طلحة: وما عليك لو قلت وإن تعوج عزلوه. فقال: لا، القتل أنكل لمن بعده[٤].

وأعطى أبو بكر القود من نفسه، وأقاد للرعية من الولاة. وفعل عمر بن الخطاب مثل ذلك، وتشدد فيه، فأعطى القود من نفسه أكثر من مرة[٥]. ولما قيل له فى ذلك قال : رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يعطى القود من نفسه وأبا بكر يعطى القود من نفسه، وأنا أعطى القود من نفسى[٦].

ومن تشدد عمر فى هذا الباب أنه ضرب رجلا، فقال له الرجل: إنما كنت أحد رجلين: رجل جهل فعلم، أو أخطأ فعفى عنه. فقال له عمر: صدقت، دونك فامتثل، أى اقتص[٧].

---

(١) زاد المعاد جـ ١ ص ٥٩.

(٢) تاريخ بن الأثير جـ ٢ ص ١٥٤.

(٣) تاريخ ابن الأثير جـ ٢ ص ١٦٠ .

(٤) تاريخ ابن الأثير جـ ٣ ص ٣٠ .

(٥) سيرة عمر بن الخطاب لابن الجوزى ص ١١٣- ١١٥ .

(٦) الأم جـ ٦ ص ٤٤ .

(٧) الخراج لأبى يوسف ص ٦٥.

‹عوده› وأخذ عمر الولاة بما أخذ به نفسه، فما ظلم وال رعيته إلا أقاد من الوالى للمظلوم، وأعلن على رءوس الأشهاد مبدأه هذا فى موسم الحج، حيث طلب من ولاة الأمصار أن يوافوه فى الموسم، فلما اجتمعوا خطبهم وخطب الناس قال : أيها الناس، إنى ما أرسل إليكم عمالا ليضربوا أبشاركم، ولا ليأخذوا أموالكم، وإنما أرسلهم إليكم ليعلموكم دينكم، وسنة نبيكم، فمن فعل به شىء سوى ذلك فليرفعه إلى، فوالذى نفس عمر بيده لأقصنه منه. فوثب عمرو بن العاص فقال: ياأمير المؤمنين، أرأيتك إن كان رجل من المسلمين على رعيته فأدب بعض رعيته إنك لتقصنه منه؟ فقال: أى والذى نفس عمر بيده، إذن لأقصنه منه، وكيف لاأقصه منه! وقد رأيت النبى (ﷺ) يقص من نفسه[1] ؟

وقد جرى العمل فى الشريعة على محاكمة الخلفاء والملوك والولاة أمام القضاء العادى، وبالطريق العادى. فهذا هو على بن أبى طالب فى خلافته، يفقد درعا له ويجدها مع يهودى يدَّعى ملكيتها، فيرفع أمره إلى القاضى، فيحكم لصالح اليهودى ضد على. وهذا هو المغيرة وإلى الكوفة يتهم بالزنا. فيحاكم على الجريمة المنسوبة إليه بالطريق العادى. ويقص علينا التاريخ أن المأمون وهو خليفة المسلمين اختصم مع رجل بين يدى يحيى بن أكثم قاضى بغداد، فدخل المأمون إلى مجلس يحيى وخلفه خادم يحمل طنفسة لجلوس الخليفة، فرفض يحيى أن يميز الخليفة على أحد أفراد رعيته. وقال: يا أمير المؤمنين لا تأخذ على صاحبك شرف المجلس دونه، فاستحيا المأمون، ودعا للرجل بطنفسة أخرى. وبعض الخصومات التى كانت تثور بين الخليفة والولاة وبين الأفراد كانت تفض بطريق شرعى بحت "هو التحكيم"، كما فعل عمر بن الخطاب، فقد أخذ فرسا من رجل على سوم فحمل عليه فعطب، فخاصم الرجل عمر، فقال عمر: اجعل بينى وبينك رجلا. فقال الرجل: إنى أرضى بشريح العراقى. فقال شريح لعمر: أخذته صحيحا سليما فأنت له ضامن حتى ترده صحيحا سليما. وكان هذا الحكم الذى صدر ضد عمر هو الذى حفز عمر لتعيين شريح قاضيا.

وفقهاء الشريعة الإسلامية، وإن كانوا يشترطون فى الإمام أى رئيس الدولة الإسلامية شروطا لاتتوافر فى كل شخص، إلا أنهم يسوونه بجمهور الناس أمام الشريعة، ولا يميزونه عنهم بشىء. وهذا متفق عليه فيما يختص بالولاة والحكام والسلاطين والملوك الذين يخضعون للخليفة أو يستمدون سلطتهم منه. إلا أنهم اختلفوا فى الإمام الذى ليس فوقه إمام، ولهم فى سريان نصوص الشريعة عليه نظريتان :

---

(١) تاريخ ابن الأثير جـ ٣ ص ٢٠٨، وكتاب الخراج لأبى يوسف ص ٦٦ .

﴿عوده﴾ النظرية الأولى: وهى نظرية أبى حنيفة، ويرى أن كل شىء فعله الإمام الذى ليس فوقه إمام مما يجب به الحد كالزنا والشرب والقذف لايؤاخذ به إلا القصاص والمال، فإنه إذا قتل إنسانا أو أتلف مال إنسان يؤاخذ به؛ لأن الحد حق الله تعالى، وهو المكلف بإقامته ومن المتعذر أن يقيم الحد على نفسه؛ لأن إقامته بطريق الخزى والنكال ولايفعل ذلك أحد بنفسه، ولا ولاية لأحد عليه ليستوفيه؛ ولأن فائدة الإيجاب الاستيفاء، فإذا تعذر لم يجب، بخلاف حقوق العباد كالقصاص وضمان المتلفات، لأن حق استيفائها لمن له الحق فيكون الإمام فيه كغيره، وإن احتاج إلى المنعة فالمسلمون منعته فيقدر بهم على الاستيفاء، فكان الوجوب مفيدا[(١)] .

وخلاصة ماسبق أن الجرائم التى تمس حقوق الجماعة لايعاقب عليها الإمام الذى ليس فوقه إمام، لا لأنه معفى من العقاب، ولكن لتعذر إقامة العقوبة عليه، إذ إنه صاحب الولاية على غيره، وليس لغيره ولاية عليه حتى يقيم عليه العقوبة، ولأن ولاية العقاب فى الجرائم التى تمس حقوق الجماعة للإمام وليست للأفراد. وإذا كانت الشريعة توجب العقاب على هذه الجرائم، إلا أن ولاية الإمام على حق العقاب فى هذه الجرائم تمنع من العقاب على الجرائم التى يرتكبها الإمام، حيث لايعقل أن يعرض الإمام نفسه للخزى والنكال بإقامة الحد على نفسه، وإذا امتنع تنفيذ العقوبة فقد امتنع الواجب وهو العقاب، وإذا امتنع الواجب لم يعد واجبا.

فالفعل المحرم فى رأى أبى حنيفة يظل محرما ويُعَدّ جريمة، ولكن لايعاقب عليه لعدم إمكان العقاب. ويترتب على هذا أن الإمام لو زنا وهو محصن فقتله أى فرد من الأفراد فإن القاتل لايعاقب على القتل، لأنه قتل شخص مباح الدم[(٢)]، إذ الزنا من محصن عقوبته الموت. ولما كانت عقوبة الزنا من الحدود، والحدود لايجوز تأخيرها ولا العفو عنها، فإن قتل الزانى المحصن يُعَدّ واجبا لابد منه إزالةً للمنكر، وتنفيذا لحدود الله، فمن يقتل الزانى المحصن فإنه يؤدى واجبا عليه ومن ثم فلا يمكن عَدُّه قاتلا.

أما الجرائم التى تمس حق الأفراد كالقتل والجرح، فيرى أبو حنيفة أن الإمام الذى ليس فوقه إمام يؤخذ بها ويعاقب عليها، لأن حق استيفائها ليس له أصلا، وإنما هو للمجنى عليهم وأوليائهم، وإذا قام الإمام باستيفاء العقوبة فى هذه الجرائم فإنما يقوم به نيابة عن الأفراد، ولمنع الحيف والإضرار بالغير.

---

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٦٠، ١٦١، البحر الرائق جـ ٥ ص ٢٠، الزيلعى جـ٣ ص ١٨٧.
(٢) حاشية الطهطاوى جـ ٤ ص ٢٦٠.

<عوده> فإذا ارتكب الإمام جريمة من هذا النوع، كان للأفراد أصحاب الحق الأصلى فى استيفاء العقوبة أن يستوفوا العقوبة من الإمام مستعينين فى ذلك بالقضاء وبالجماعة، وإذا استوفى الأفراد العقوبة الواجبة عن غير طريق القضاء فلا حرج عليهم؛ لأنهم فعلوا ماهو حقهم[1].

وإذا ولّى الإمام نائبا عنه أو قاضيا للحكم فى كل الجرائم، كان من حق النائب أو القاضى أن يأخذ الإمام الذى ليس فوقه إمام بكل جريمة سواء مست حقا لله أو حقا للأفراد[2]. وعلى هذا لو ترك للمحاكم تطبيق الشريعة أخذا بنظام فصل السلطات، كان للمحاكم أن تحكم على الإمام الذى ليس فوقه إمام بعقوبة أى جريمة يرتكبها.

ويؤخذ على نظرية أبى حنيفة أنها تقوم على أساس ضعيف؛ لأن الإمام ليس إلا نائبا عن الجماعة، ولأن الخطاب فى التشريع الإسلامى موجه للجماعة وليس للإمام. وإنما أقامت الجماعة الإمام ليقيم أحكام الشريعة، ويرعى صالح الجماعة، فإذا ارتكب أحد الأفراد جريمة كان للإمام أن يعاقبه بما له من حق القيام على تنفيذ نصوص الشريعة نيابة عن الجماعة، وإذا ارتكب الإمام نفسه جريمة عاد للجماعة حقها، وعاقبت الإمام حيث لايصلح للنيابة عنها فى هذه الحالة.

الثانية: وهى نظرية مالك والشافعى وأحمد، وهؤلاء لايفرقون بين جريمة وجريمة، ويرون الإمام مسئولا -٣٨٧- عن كل جريمة ارتكبها سواء تعلقت بحق لله أو بحق للفرد؛ لأن النصوص عامة والجرائم محرمة على الكافة بمن فيهم الإمام، يعاقب عليها من ارتكبها ولو كان الإمام. ولاينظر هؤلاء الأئمة إلى إمكان تنفيذ العقوبة كما ينظر الحنفية؛ لأن تنفيذ العقوبات ليس للإمام وحده، وإنما له ولنوابه، فإذا ارتكب جريمة وحكم عليه بعقوبتها نفذ العقوبة على الإمام أحد من ينوبون عنه ممن لهم تنفيذ هذه العقوبة[3].

ولم يكتف الفقهاء بتقرير عقوبة رئيس الدولة الأعلى على مايرتكبه من جرائم، بل بحثوا فيما إذا كان ينعزل بارتكابه الجرائم، فرأى البعض -٣٨٨- أن الإمام ينعزل

[الصدر] تعليق "رقم-٣٨٧-": وهذا هو القول الراجح، إذ لا فرق بين رئيس الدولة وسواه، إلا أن رئيس الدولة إذا كان هو الإمام المعصوم فلا يمكن أن تصدر منه جريمة.

[الصدر] تعليق "رقم-٣٨٨-": وهذا هو الراجح، إلا أن رئيس الدولة إذا كان هو الإمام المعصوم فلا يمكن صدور المعصية منه لأن عصمته تجنبه المعاصى، ولايمكن للأمة عزله لانه معين من قبل الله سبحانه وتعالى.

[الشاوى] رأينا فى "التعليقين-٣٨٧-، -٣٨٨-": العصمة لايعترف بها أهل السنة لأحد بعد الرسول.

---

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٦١.

(٢) نفس المرجع السابق.

(٣) المدونة جـ ١٦ ص ٥٧، مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٤٢، ٢٩٦، ٢٩٧، الإقناع جـ ٤ ص ٢٤٤، ٢٤٥، الشرح الكبير جـ ٩ ص ٣٤٢، ٣٤٣، ٣٨٢، المهذب جـ ٣ ص ١٨٩، الأم جـ ٦ ص ٣٦، فقه القرآن والسنة ص ٩٧.

عوده بارتكابه المحظورات، وإقدامه على المنكرات، تحكيما للشهوة وانقيادا للهوى؛ لأن عمله هذا فسق يمنع من انعقاد الإمامة، ويمنع من استدامتها [1].

٢٣٨ ـ *رؤساء الدول الأجنبية* : وإذا كانت الشريعة لاتميز رئيس الدولة الإسلامية الأعلى، فهى من باب أولى لاتميز رئيس دولة أجنبية[2]. وإذن فالشريعة تسرى على رؤساء الدول الأجنبية، وعلى رجال حاشيتهم فى أثناء وجودهم فى دار الإسلام، فإذا ارتكبوا أى جريمة عوقبوا عليها. وإذا كان أبو حنيفة يرى عدم إمكان عقاب الإمام على الجرائم التى تمس حقوق الجماعة، فإن هذا الرأى لايفيد رؤساء الدول الأجنبية شيئا؛ لأن أساس هذا الرأى أن الإمام لايمكن أن ينفذ العقوبة على نفسه، والعقوبة هنا لاتقع عليه وإنما تقع على غيره.

على أن رؤساء الدول فى دار الحرب وحاشيتهم يمكن أن يستفيدوا من نظرية أبى حنيفة فى تطبيق الشريعة على المستأمن. ورؤساء الدول فى دار الحرب وحاشيتهم ليسوا إلا مستأمنين. وطبقا لهذه النظرية لايعاقب المستأمن إلا على الجرائم التى تمس حق الأفراد، أما الجرائم التى تمس حق الجماعة فلا يعاقب عليها. وقد علمنا أن أبا يوسف يخالف أبا حنيفة فى هذا، ويرى كما يرى باقى الأئمة عقاب المستأمن على كل الجرائم التى يرتكبها فى دار الإسلام[3].

٢٣٩ـ *رجال السلك السياسى* : تسرى الشريعة على رجال السلك السياسى فيما يرتكبون من جرائم فى دار الإسلام، سواء تعلقت الجرائم بحقوق الجماعة أو بحقوق الأفراد، وليس فى قواعد الشريعة مايسمح بإعفائهم من تطبيق الشريعة عليهم، إلا إذا أخذنا بنظرية أبى حنيفة فى المستأمن-٣٨٩-، وهى تقضى بسريان الشريعة على المستأمن إذا ارتكب جريمة تمس حق الأفراد فإذا ارتكب جريمة تمس حق الجماعة فلا تسرى عليه الشريعة.

المصدر تعليق "رقم-٣٨٩-": وقد مر آنفا بطلانها.

(١) الأحكام السلطانية للماوردى ص ١٤، أسنى المطالب جـ ٤ ص ١١١.

(٢) المقصود بالدول الأجنبية الدول المحاربة التى تقوم فى دار الحرب، أما الدول الإسلامية فلا تُعَدُّ إحداها أجنبية بالنسبة للأخرى. ولاتسمح قواعد الشريعة بإعفاء رؤساء الدول الإسلامية من عقوبات الجرائم التى ارتكبوها فى دولة إسلامية أخرى، بل إنه يمكن عقابهم فى هذه الدولة الإسلامية على الجرائم التى ارتكبوها فى أى مكان من دار الإسلام،وعلى الجرائم التى ارتكبوها فى دار الحرب، على التفصيل الذى بينا فى الفقرة ٢١٨.

(٣) راجع الفقرة ٢١٤ ومابعدها.

‹عوده› ويلاحظ أن رجال السلك السياسى الذين يمكن عَدُّهم مستأمنين هم الذين ينتمون لدولة محاربة ويمثلونها وليسوا مسلمين. أما المسلمون الذين يمثلون دولة محاربة أو دولة إسلامية، فهؤلاء لا يُعَدُّون مستأمنين بحال، وحكمهم حكم أى مسلم يقيم فى دار الإسلام.

وليس فى أخذ رجال السلك السياسى بجرائمهم مايعيب الشريعة، مادامت الشريعة تسوى بينهم وبين غيرهم من رعايا الدولة، وتجعل حكمهم حكم رئيس الدولة. ولكن العيب فى التفرقة التى تأخذ بها القوانين الوضعية بحجة حمايتهم، وتمكينهم من أداء وظائفهم؛ لأن الممثل السياسى الذى يرتكب الجرائم لايستحق الحماية، ولايصلح لأداء وظيفته، ولأنه لايحمى الممثل شىء مثل ابتعاده عن الشبهات والمحرمات. وإذا خيف من اتخاذ الاتهام ذريعة للضغط على الممثل فهو خوف فى غير محله؛ لأن هناك من وسائل الضغط ماهو أسهل وأسرع وأجدى من الاتهام، فمنع محاكمة الممثل السياسى لايمنع من الضغط عليه والتأثير فيه، والحجج التى يبررون بها منع المحاكمة لاتبرر المنع بحال من الأحوال.

❁ 233 – 239 – نظرية مبدإ المساواة بين جميع البشر :

إن أجيالا عديدة من الفقهاء والباحثين والمفكرين الإسلامين سوف يذكرون بكل تقدير واعتزاز عناية فقيهنا بمبدإ المساواة الإنسانية فى شريعتنا. وقد سبق أن لاحظنا أنه عَدَّه أساسا لنظرية عامة[1]، وأعقب ذلك بالإشادة بنظرية مساواة المرأة بالرجل فى الإسلام .

وها هو ذا الآن يعود ليخصص لهذه النظرية بحثا مطولا لاشك فى أن أهميته تتجاوز الأحكام الفرعية أو الآراء الفقهية التى عرضها أو أيدها، ونأمل أن يكون منطلقا لاجتهادات وآراء مستقبلية تتجاوز بكثير ما توصل إليه هو أو ما قرره فقهاؤنا الأسبقون أو من يأتون بعدهم فى آرائهم ومذاهبهم المتعددة .

ومن ناحيتنا سوف نحاول أن نتقدم بآراء تستند إلى هذا المبدإ الإسلامى الأصيل، وتتفرع عن هذه "النظرية" التى عنى فقيهنا ببحثها منذ بداية هذه الدراسة وإن تجاوزت آراؤنا بعض ما توصل إليه أو خالفته .

نحن نتفق معه فى أن مبدأ المساواة الإنسانية فى شريعتنا مبدأ أصيل نعتز به ونلتزم به فى كل ما نقدمه من آراء توافق ما قدمه هو أو غيره من الفقهاء أو تخالفها أو تتجاوزها .

* * *

فى دراسته لسريان النصوص الجنائية على الأشخاص ومبدإ المساواة، توسع فى عرض أسس هذا المبدإ فى شريعتنا وفقهنا، واهتمامها به كأساس لنظرية عامة بعكس القوانين الوضعية المستحدثة التى تخالف هذا المبدأ فى كثير من نصوصها التى تميز طوائف معينة بإعطاء أفراد تلك الطوائف حصانة من المحاكمات الجنائية لا تقرها شريعتنا ولا تعترف بها.

هذا المبدأ هو الذى جعله أساسا لنقده لبعض فقهاء الحنفية الذين قالوا بعدم إقامة عقوبات الحدود على من يسمونه "الإمام الأعظم"، وتأييده القوى للرأى الآخر القائل بأنه ينعزل بارتكاب الجرائم ويجب على الأمة أن تعاقبه كغيره من الناس لا أن يبقى إماما ويتمتع بالحصانة التى تعطل حدا من حدود الله ...

(1) يراجع تعليقنا على البند (21) و (22) .

۞ مبدأ المعاملة بالمثل فى العلاقات الدولية يجب احترامه :

إن إعفاء رؤساء الدول الأجنبية وسفرائها من المحاكمات الجنائية أساسه مبدأ المعاملة بالمثل، فيما يتعلق بالاختصاص فقط. وليس معناه أننا نعفى رؤساء الدول الأجنبية وسفراءها من المسئولية عن الجرائم التى يرتكبونها فى بلادنا. كل ماهنالك أننا نقبل أن يكون الاختصاص بذلك لمحاكم بلادهم. فالمسألة فى نظرنا متعلقة فقط باختصاص القضاء الوطنى. فطبقا لمبدإ تخصيص القضاء، من حق الجهة التى تمتلك هذا التخصيص أن تمنع قضاءنا من الفصل فى مثل هذه القضايا. وهذا كله يطبق فيه مبدأ المعاملة بالمثل فيما يتعلق بالاختصاص القضائى. ومادام من مصلحتنا إعفاء ممثلينا من المحاكمة فى الخارج، فلا يجوز أن نرفض إعفاء ممثلى الدول فى بلادنا، والمعاملة بالمثل شرط من شروط التعاهد بين الدول، التى تسود العالم اليوم. ولانرى مانعا من أن يكون مبدأ الاحترام المتبادل بين الدول أساسا للإعفاء المتبادل لرؤساء الدول وممثليها من المحاكمة فى بلادنا؛ وتتعهد كل دولة بمحاكمة رئيسها أو ممثلها فى بلاده، فيكون الاستثناء مقصورا على اختصاص المحاكم، ولايُعَدّ إعفاء من المسئولية الجنائية أو المدنية. ولا يعنى ذلك تقرير إعفاء من تطبيق حكم شرعى فى بلادنا على رئيس دولتنا، ولو كان الفعل الذى ارتكبه قدْ وقع فى بلد أجنبى ولم يحاكم هناك بسبب تمتعه بالحصانة من المحاكمة على أساس التبادل التعاهدى أنه سيحاكم فى بلده. وهذه كلها مسائل تنظمها القوانين الدولية على أساس مبدإ المعاملة بالمثل .

وقد ورد فى أحد الكتب العصرية "كتاب عبقرية الإسلام"[1] من عناية النبى (ﷺ) بالرسل أو المفاوضين أو سفراء الأجانب أنه كان يسبغ عليهم حمايته ويمنع أن يصل إليهم سوء، وكان من آثار ذلك أنهم يعفون من دفع الضرائب والرسوم عما يحملونه من الأمتعة على نمط مايجرى فى العصر الحاضر .

وكما عرف المسلمون مايسمونه اليوم "الصندوق الدبلوماسى والحقائب الدبلوماسية" فما كانوا يمسون أشياء السفير ووثائقه، وقد عرفوا كذلك حصانة السفراء التى تجعلهم فى بلادنا كأنهم يعيشون فى قطعة من بلادهم .

ويتجلى ذلك فى أن قوانين الإسلام لاتطبق عليهم إلا بمقدار. فإذا فعل السفير حراما أو شرب فسكر أو ارتكب فاحشة لايقام عليه الحد لأنه يعيش (كما يقرر القانون الدولى الحديث) كما لو كان خارج أرض الدولة .

(1) للدكتور منير العجلان ص 51 .

〈عوده〉 ٦٤٠ - *أعضاء الهيئة التشريعية* : لاتسمح قواعد الشريعة بإعفاء أعضاء البرلمان من العقاب على الجرائم القولية التى يرتكبونها فى دار البرلمان؛ لأن الشريعة تأبى أن تميز فردا على فرد، أو جماعة على جماعة، ولأنها تأبى أن تسمح لفرد أو هيئة بارتكاب الجرائم مهما كانت وظيفة الفرد أو صفة الجماعة .

وقد يظن البعض أن القانون يتفوق فى هذه الناحية على الشريعة، ولكن قليلا من التفكير يؤدى بنا إلى القطع بأن الشريعة تتفوق فى هذه الناحية تفوقا عظيما، سواء نظرنا إلى المسألة من وجهتها الفنية، أو نظرنا إلى المسألة من الوجهة الاجتماعية والأخلاقية.

فالقانون الوضعى يقوم فى جرائم القول على قاعدة النفاق والرياء، ويعاقب الصادق والكاذب على السواء. والمبدأ الأساسى فى القانون أنه لايجوز أن يقذف المرء آخر أو يسبه أو يعيبه، فإن فعل عوقب سواء كان صادقا فيما قال أو كاذبا .

وإذا كان هذا المبدأ يحمى البرآء من ألسنة الكاذبين الملفّقين، فإنه يحمى أيضا الملوَّثين والمجرمين والفاسقين من ألسنة الصادقين .

وبهذا المبدإ الذى قام عليه القانون، انعدم الفرق بين الخبيث والطيب، والمسىء والمحسن، وانعدم الحد بين الرذيلة والفضيلة. وبهذا المبدإ انحط المستوى الأخلاقى بين الشعوب، فالطيب لايستطيع أن ينقد الخبيث، والخبيث سادر فى غيه، ذاهب إلى نهاية طوره؛ لأنه لا يخشى رقيبا ولا حسيبا من الجماهير. ولايستطيع امرؤ طبقا لهذا المبدإ القانونى أن يسمى الأسماء بمسمياتها، وأن يصف الموصوفات بأوصافها. لايستطيع أن يقول لمن زنى يازان، ولايستطيع أن يقول لمن سرق ياسارق، ولايستطيع أن يقول للمفترى ياكاذب، فإن قالها باء بالعقوبة، وباء الزانى والسارق والكاذب فوق حماية القانون بالتعويض المالى على ما نُسب إليهم من قول هو عين الحق والصدق .

ذلك هو مبدأ القانون فى جرائم القول، يحرم على الناس أن يقولوا الحق وأن يتناهوا عن المنكر، وأن يحطوا من قدر المسىء ليرفعوا من قدر المحسن والإحسان .

وقد شعر واضعو القانون المصرى بخطورة هذا المبدإ على الشعب إذا طبق على إطلاقه، فاستثنوا منه حالات أربع هى :

١ - حالة الطعن فى أعمال موظف عام أو شخص ذى صفة نيابية أو مكلف بخدمة عامة، فإن الطاعن لايعاقب على طعنه إذا حصل بسلامة نية، وكان لايتعدى أعمال الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة، بشرط أن يثبت الطاعن حقيقة كل فعل أسند إلى المقذوف[1]. وقد تقرر هذا الاستثناء، لإشعار الموظف والنائب والمكلف بخدمة عامة أن أعمالهم معرضة للانتقاد، فيدعوهم ذلك إلى الإحسان ما استطاعوه .

---

(١) تراجع المادة ٣٠٢ من قانون العقوبات المصرى .

عوده

٢ – حالة دعوة الأمة إلى الانتخاب: فإن نص المادة ٦٨ من قانون الانتخاب يبيح الأقوال الصادقة عن سلوك المرشح وأخلاقه فى أثناء المعركة الانتخابية بالرغم من تحريم قانون العقوبات هذه الأقوال فى الأوقات العادية. وقد جعلت هذه الإباحة ليستطيع كل مرشح وكل ناخب أن يقول مايعرفه عن سلوك المرشح وأخلاقه دون خوف من العقاب، وليسْهل على الناخبين أن يميزوا بين المرشحين ويختاروا من يصلح للنيابة عنهم بعد أن يسمعوا عنه كل مايتعلق بسلوكه وأخلاقه .

٣ – حالة انعقاد البرلمان : فإن أعضاءه لا يؤاخَذون على مايبدونه من الأفكار والآراء فى المجلسين طبقا لنص المادة ١٠٩ من الدستور . وقد وضع هذا النص لتمكين نواب الأمة أن يقولوا مايشاءون دون تحرج أو خوف من المحاكمة والعقاب .

ويلاحظ أن هذه الحالة تختلف عن الحالتين السابقتين فى أن القاذف فى الحالتين السابقتين لاينجو من العقاب إلا إذا كان صادقا فيما قال، أما عضو البرلمان فلا يحاكم ولايعاقب سواء كان صادقا فيما قال أو مختلقا لما قال .

٤ – حالة المحاكمة والتقاضى: فالمادة ٣٠٩ من قانون العقوبات تنص على الإعفاء من العقاب على القذف أو السب الذى يحدث من الخصوم أو وكلائهم فى دفاعهم الشفوى أو الكتابى أمام المحاكم، ولايترتب عليه إلا المقاضاة المدنية أو المحاكمة التأديبية.

ويلاحظ أن القاذف والساب يعاقب جنائيا على قذفه أو سبه سواء كان صادقا أو كاذبا فيما قال .

هذا هو مبدأ القانون المصرى، وهو المبدأ نفسه الذى تأخذ به القوانين الوضعية بصفة عامة، وهذه هى مستثنيات المبدإ فى مصر، وهى لاتكاد تختلف كثيرا عما فى معظم القوانين الوضعية.

والعيب الفنى فى القانون المصرى هو التناقض الظاهر وانعدام الانسجام. فبينما المبدأ الأساسى يقوم على حماية الحياة الخاصة للأفراد، إذا بالاستثناءات تقوم على إباحة الحياة الخاصة والعامة. وبينما المبدأ الأساسى هو تحريم القول الصادق والكاذب على السواء، إذا ببعض الاستثناءات تبيح القول الصادق فقط، وبعضها يبيح القول الصادق والقول الكاذب معا، وليس بعد هذا تناقض ولا اضطراب.

والعيب الخلقى الاجتماعى أن القانون حين قرر حماية الحياة الخاصة للأفراد قد قضى بإفساد الحياة العامة للجماعة؛ لأن الأفراد هم الذين يكونون الجماعة، وإذا صلحوا صلحت الجماعة، ولايمكن أن يتصور وجود جماعة صالحة أفرادها فاسدون . ولاشك فى أن حماية حياة الأفراد الخاصة يؤدى إلى فساد أخلاقهم وهدم الوازع الأدبى فى نفوسهم، فمن يحاول أن يوجد جماعة صالحة من هؤلاء قبل اجتثاث الفساد من نفوسهم فهو كمن يحاول إقامة بيت من لبنات تالفة غير متماسكة، فلا يكاد ينتهى من بنائه حتى يخر عليه من السقف أو ينتقض من القواعد.

<عوده> أما المبدأ الأساسى للجرائم القولية فى الشريعة فأساسه تحريم الكذب والافتراء، وإباحة الصدق فى كل الأحوال، ولذلك فلا عقاب فى الشريعة على من يقول الحق، ولا مؤاخذة على من يسمى الأشياء بمسمياتها، والموصوفات بأوصافها. لا عقاب على من يقول للزانى يازان إذا أثبت أنه زان، ولاعقاب على من يقول للسارق إنك سارق، إذا أثبت أنه سارق، ولا عقاب على من يقول للكاذب إنك كاذب إذا لم يَعْدُ قول الحق .

وليس لهذا المبدإ استثناءات ما، فكل إنسان يستطيع أن يطعن فى أعمال الموظفين العموميين والنواب والمكلفين بخدمات عامة، وينسب إليهم عيوبهم مادام يستطيع إثبات مطاعنه، وله أن يتعدى أعمالهم العامة إلى أعمالهم وحياتهم الخاصة مادام يستطيع إثبات مطاعنه، وليس لهم أن يتضرروا من عيوبهم ولا من الصفات القائمة فى أعمالهم أو أشخاصهم.

ولم تحم الشريعة الإسلامية الحياة الخاصة للموظفين العموميين ومن فى حكمهم كما تفعل القوانين الوضعية؛ لأن الشريعة لاتحمى النفاق والرياء والكذب، ولأن الشخص الذى لايستطيع أن يسير سيرة حسنة فى حياته الخاصة ليس أهلا فى نظر الشريعة لأن يتولى شيئا من أمور الناس فى حياتهم العامة .

وكل إنسان فى وقت الانتخاب وفى غير الانتخاب يستطيع طبقا للشريعة أن يقول للمحسن هذا محسن، وللمسىء هذا مسىء، مادام يستطيع أن يثبت إساءة المسىء. وكل إنسان سواء كان عضوا فى البرلمان أو فى أى هيئة أخرى، أو كان عاطلا من عضوية الهيئات على الإطلاق، له الحق فى أن ينسب مايشاء إلى من شاء، مادام يستطيع أن يثبت ماينسبه إلى هؤلاء . فليس فى الشريعة كما فى القانون مايدعو إلى تحليل الصدق فى وقت الانتخابات، وتحريمه فى غير ذلك من الأوقات؛ لأن الشريعة توجب الصدق على الدوام، ولاتحرمه فى أى ظرف من الظروف أو زمن من الأزمان.

وليس فى الشريعة كما فى القانون مايدعو إلى تحليل الصدق والكذب معا لأعضاء البرلمان والمتقاضين؛ لأن ذلك يجعل الصدق والكذب بمنزلة سواء، والشريعة توجب الصدق كل الوجوب وتحرم الكذب كل التحريم، فلا تجمع فى حكم واحد بين المتناقضين؛ ولأن أعضاء البرلمان هم أهل الرأى والشورى، فإذا أحل لهم الكذب وأمنوا العقوبة عليه، كانوا أقرب إلى مظنة الوقوع فيه، وماقيمة الرأى والمشورة من قوم يظن فيهم أنهم لايصدقون فى كل الأحوال؟ ولأن الشريعة الإسلامية تقوم على المساواة، وفى تمييز أعضاء البرلمان والمتقاضين خروج على مبدإ المساواة .

هذا هو مبدأ الشريعة الإسلامية فى الجرائم القولية يقوم على الصدق وتحريم الكذب، ويقوم على المساواة والمنطق والأخلاق الفاضلة، ويرمى إلى إصلاح الجماعة وتقويمها، وتشجيع الصالح وكبت الطالح، وتربية الأفراد على الأخلاق الحسنة، ورفع مستوى الفضيلة بين الجماعة، وشتان بين هذا المبدإ فى قوته وصلاحيته، وبين مبدإ القانون فى ضعفه وتفاهته.

240 – عقاب القاذف دون تمكينه من إثبات صدقه معناه إلزامه بالالتجاء للقضاء قبل أن يشيع اتهامه فى المجتمع ويشهر بغيره قبل أن يحكم القضاء فى هذا الاتهام :

يسرنا دفاعه الدائم عن ضرورة المساواة بين جميع البشر وتطبيق نظرية المساواة التى دافع عنها بحق وبحماسة نؤيده فيها .

ويسرنا أنه يشير إلى هذا المبدإ ويذكرنا به فى كل مناسبة، وإن كنا نلاحظ أنه لم يجد الفرصة ولا الوقت الكافى لفحص آراء كثيرة نقلها عن كتب السلف على ضوء هذا المبدإ الأصيل. وسوف نستبيح لأنفسنا أن نقوم بما لم يقم به فى بعض المسائل ...

ومع ذلك، فإننا نرى أن حالات التمييز التى أطال فى مناقشتها والاعتراض عليها وعرض الآراء المختلفة فى الفقه بشأنها ... قد تسوغها مسوغات لا بد أن نشير هنا إلى بعضها ... لأنها يجب أن تكون محل تقدير .

إننا لا نقر قوله بأن العقاب على القذف دون إعطاء القاذف الحق فى إثبات ما ادعاه فيه إخلال بمبدإ المساواة – طالما أن القصد من هذه القاعدة تطهير المجتمع من إشاعة الاتهامات بوسائل العلانية التى تضر بالجميع بدون الالتجاء إلى القضاء مباشرة وتقديم الدليل له ليفحصه، والمقصد من ذلك ألا يعلن الاتهام فى صورة قذف علنى قبل حكم القضاء العادل النزيه .

إن القول بمعاقبة القاذف دون تمكينه من إثبات صدقه يسوغه فى نظرنا أن القصد من ذلك هو إلزام من يدعى الصدق ولديه الدليل عليه أن يبادر باتباع الإجراءات الشرعية فى رفع الدعوى حسبة، بدلا من إلقاء التهم علنا قبل أن يفصل فيها القضاء ودون أن يعرضها عليه ويقدم الدليل الذى لديه. ولانعتقد أن ذلك يخل بمبدإ المساواة خصوصا وأن القوانين تستثنى من ذلك نقد من يتولون السلطة أو الشئون العامة، وتعطى للقاذف حق إثبات ما ادعاه فى تلك الأحوال، لأهمية ذلك كضمان لنزاهة الحكام وأعوانهم، فتكون القاعدة التى انتقدها محصورة فى التشهير بالأفراد علنا ممن لايتولون مسئولية عامة دون الالتجاء إلى القضاء – وتَعُدّ القوانين ذلك فعلا يستحق التعزير .

لذلك لا نقر توسعه فى هذا النقد، ولا قوله بأن مثل هذا الحكم إذا تقرر اجتهادا يكون مخالفا للشريعة، ولا أن فيه تقييدا على "الصدق" لأن باب الصدق مفتوح ولكن بالالتجاء إلى القضاء لكى يوقع الجزاء الشرعى بعد أن يثبت لديه توافر شروطه. ونرى أن رأيه هذا هو اجتهاده، ولكن لا يصح أن يفهم من حماسته فىالتدليل عليه أن الفقه أو الشريعة لا تتسع لغير هذا الرأى، ولا أن نقطع بأنه أفضل الآراء مقدما دون مراعاة المسوغات التى تستوجب أو تقتضى المفاضلة بين الآراء المختلفة .

قذف غير المحصنات يستوجب التعزير :

ثم إن نقده الاتجاه فى القوانين الوضعية إلى فرض العقاب على القذف دون إعطاء القاذف حق إثبات التهمة التى رمى بها المجنى عليه، نرد عليه بأن الجزاء المقرر فى تلك الحالات هو التعزير. والأصل تطبيق التعزير على القاذف دون إعطائه فرصة لإثبات صحة ما قاله،(1) وموضوع هذا البحث فى القسم الخاص عند دراسة هذه الجريمة. ولكنى أبادر الآن إلى القول بأن رأيي هو عدم الخلط بين عقوبة الحد فى قذف المحصنات الغافلات المؤمنات فى الشريعة، والعقوبات التعزيرية. فالجريمة المعاقب عليها بالحد لها شروط إضافية، ومنها إعطاء المتهم حق إثبات ما يدعيه ليسقط الحد، وإن كان سقوط الحد لايمنع التعزير فى نظرنا لأن التعزير أوسع نطاقا لأن الجزاء قد لايكون عقوبة بل مجرد إصلاح وتهذيب ووقاية، فلا يجوز الخلط بين شروط تطبيق الحدو بين الشروط التى تكفى للتعزير.

كما أننى ألفت النظر إلى أن من يدعى الصدق فيما قاله من قذف فى حق غيره من الأفراد يمكن أن يعزر لعدم التجائه إلى القضاء قبل التشهير العلنى الذى يضر بالمجتمع ذاته بإشاعة التنابز بالألقاب قبل ثبوت الاتهام قضائيا لأن واجبه أن يتخذ الإجراءات لإقامة الدعوى على من قذفه بالإجراءات الشرعية بدلا من التشهير به فى علانية تشيع الفاحشة فى المجتمع، ولهذا يمكن التعزير دون أن يسمح له بالإثبات لمجرد أنه أشاع الأقوال الجارحة بدون اتخاذ إجراءات الدعوى التى لها قيود وشروط عديدة.

إننا لا نوافق على إباحة التشهير بحجة الصدق؛ فالصدق يوجب مبادرة الفرد إلى اتخاذ الإجراءات الشرعية لإثبات صحة ادعائه وطلب مؤاخذة من ارتكب معصية، دون حاجة للتشهير العلنى بالقذف فى حق الأفراد، خصوصا وأن الشريعة أعطت للفرد حق دعوى الحسبة وفتحت أمامه الباب الواسع لمباشرة الدعوى الجنائية حتى لا يسير فى طريق القذف والتشهير العلنى ضد أفراد المجتمع، الأمر الذى يشيع الفاحشة ... ويفسد جو المجتمع بالاتهامات المتبادلة المرتجلة دون داع لذلك .

إننا نرى أن إعفاء القاذف فى حق المحصنات من عقوبة الحد فى حالة تمكنه من إثبات صحة ما نسبه للمقذوف إذا ورد فى بعض كتب التراث لايستلزم إعفاءه من التعزير؛ لأن مبدأنا أنه لا يجوز أن يكون قول الفقيه فى حالة معينة أو فعل معين بأنه لا حد فيه، معناه أنه لا تعزير فيه، لأن التعازير أوسع نطاقا .

ومع ذلك فنحن نقر نقده لحصر الإعفاء فى حالة نقد الموظف العام أو من له صفة نيابية ... إلخ فى نطاق أعمال وظيفته دون حياته الخاصة، لأن جمهورنا وشريعتنا تفرض على من يتولى مسئولية عامة أن يكون سلوكه الشخصى على مستوى أخلاقى يقره

---

(1) بند (240) .

۞ إعفاء أعضاء المجالس النيابية يحتاج إلى تقييده بشروط كثيرة :

الرأى العام، ومجتمعنا لايسمح له بأن يمارس سلوكا أخلاقيا لايقره الدين والأخلاق، وأقل مايجب عليه فى هذه الحالة هو التخلى عن العمل العام ولكى يتمتع بما يتمتع به الأفراد العاديون من حماية ضد النقد فى شئونه الشخصية .

كذلك نقره فى أن حرمان الفرد العادى من رفع دعوى الحسبة يتناقض مع حرمانه من إثبات صدق دعواه فى حالة القذف، لأن مبرره الوحيد هو أنه كان يجب عليه رفع دعوى الحسبة أمام القضاء .

إن المبدأ المقرر فى القانون الوضعى بإعفاء أعضاء المجلس النيابى من المسئولية الجنائية عن أقوالهم فى الجلسات – يعلل بأنه قصد به تشجيعهم على نقد ما يرونه خطأ أو ضررا بالمجتمع أو بالنظام الحكومى دون خوف من المسئولية .

وهو ينتقد ذلك بحق مستندا إلى أنه يعطى هذه الطائفة امتيازا على غيرها من الناس ويفتح لها باب استغلال الحصانة البرلمانية لارتكاب جرائم القذف والسب حتى يسمح للسلطة بأن تتخذ الحصانة ميزة لحماية من تشجعهم على ارتكاب هذه الجرائم ضد من يعارضونها .

لكن المبرر الذى أشرنا إليه لم يناقشه ولم ينتقده، ولو فعل ذلك لاستطاع أن يقترح شروطا أو قيودا على هذا الإعفاء حتى لا يصبح امتيازا لا مبرر له ولا يتجاوز الضرورة اللازمة لممارسة حق النواب فى نقد الحكومة والعاملين بها .

لذلك، فإننا نقترح أن يكون أول هذه القيود أن يكون الإعفاء مقصورا على ما يقال ماسا بالمسئولين فىالسلطة، لأن مهمة هذه المجالس هى الرقابة على أعمالهم. فنقترح ألا يشمل الإعفاء ما يمس الأفراد العاديين الذين لا يمارسون أى سلطة فى الدولة أو الحكومة. بل ويجب ألا يشمل مايمس أعضاء المجلس الآخرين، حيث لاحظنا أن بعض النواب وخاصة من الأغلبية يتعمدون إهانة زملائهم المعارضين لإسكاتهم وتخويفهم .

والحق أن بعض النظم تلجأ إلى تزوير الانتخابات حتى لا يدخل هذه المجالس إلا من يؤيدونها ويكيلون لها المدح والثناء والتأييد للحكومة والوزارة والرئاسة دون مبرر، فى حين أن مهمتهم هى النقد والإشراف علىالمسئولين فى السلطة. وهذا الواقع يحتاج منا إلى علاج، ولذلك قد يكون من المناسب إعطاء الناخبين الحق فى محاسبة الأعضاء على إسرافهم فى تملق الحكومة والمسئولين فى السلطة بقصد الحصول على منافع شخصية من هذا النفاق، ومن حق الناخبين أن يذكروهم بأنهم لا يرضون عن هذا النفاق ..

ومعنى ذلك أن هذه الحصانة اقتصرت فائدتها على تمكين النواب الزائفين من ارتكاب جرائم ضد غيرهم من الأفراد دون عقاب، بل إنها تستغل الآن لحمايتهم من المحاكمة عن الجرائم التى ارتكبوها قبل دخولهم المجلس. وكثيرا مانرى أن الغرض الأول من إدخال بعضهم بطريق التعيين أو التزوير قصد به تعطيل القضايا التى تقام ضدهم .

<عوده> ١٤١ـ *الأغنياء والفقراء* : لاتفرق الشريعة بين الأغنياء والفقراء، فهم لدى الشريعة سواء، وقواعد الشريعة لاتسمح بأن يستفيد الغنى من غناه أو أن يضار الفقير بفقره، ولهذا لاتعترف الشريعة بنظام الضمان المالى أو الكفالة المالية إذا كانت العقوبة الحبس، لا لشيء إلا لأنه نظام يقوم على غير المساواة .

والمعروف فى الشريعة هو نظام الكفالة الشخصية، ويطبق فى حالة الحبس للدَّين، فمن كان محبوسا لدين جاز أن يفرج عنه إذا كان له كفيل. ولاشك فى أن كل محبوس لدين يستطيع أن يجد شخصا يكفله؛ لأن الحبس للدين لايكون إلا عند الامتناع عن الدفع مع القدرة عليه، ولكن كل محبوس لايستطيع أن يدفع فورا قدرا من المال. أما الحبس فى الجرائم على ذمة التحقيق والمحاكمة، فيراه بعض الفقهاء نوعا من التعزير، أى عقوبة اقتضتها حالة الاتهام التى نزلت بالمتهم، ويترتب على عَدِّ هذا النوع من الحبس عقوبة أنه لايمكن إخلاء سبيل المتهم بكفالة شخصية؛ لأن الكفالة لاتقبل فى العقوبة. ويرى بعض الفقهاء أن الحبس فى هذه الحالة حبس للاحتياط[1] -٣٩٠- وليس عقوبة، وعلى هذا الأساس تجوز فيه الكفالة الشخصية. ولاشك فى أن كل محبوس حبسا احتياطيا يستطيع أن يجد له كفيلا، ولكن كل محبوس لايستطيع أن يدفع ضمانا ماليا. وسواء عَدَدْنا الحبس تعزيرا أو احتياطيا فإن قبول الكفالة الشخصية أو عدم قبولها أساسه المساواة التامة بين الأفراد.

[الصدر] تعليق "رقم-٣٩٠-": وهذا هو أرجح القولين، إذ لاتعزير إلا مع ثبوت الجريمة، أما قبل ثبوتها كما هو المفروض فلا يكون السجن المذكور تعزيرا .

[الشاوى] رأينا فى "تعليق-٣٩٠-": نفضل أن يضيف فى نهايته تعزيرا عقابيا. وإنما هو تعزير وقائى واحتياطى فقط كما ذكر هو فى تعليق سابق .

---

(١) المدونة الكبرى جـ ١٦ ص ١٤، ١٧، ١٨، المبسوط للسرخسى جـ ٢٦ ص ١٠٦، شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١١٧، نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٢٨٤ .

۞ 241- الكفالة المالية لاتخل بمبدإ المساواة، وإنما يكون الإخلال به فى تقديرها :

فى دفاعه عن مبدإ المساواة فى شريعتنا، استطرد للقول بأن فرض الكفالة المالية كشرط للإفراج عن المتهمين فيه إخلال بهذا المبدإ، لأنه يعطى امتيازا للغنى الذى يمكنه أن يدفع الكفالة التى لايستطيع الفقير دفعها. ونحن نرد على ذلك بأن العبرة ترجع إلى مقدار الكفالة، إذ يجب أن يراعى فى تقديرها القدرة المالية للمتهم. فالمساواة تتحقق إذا روعى فى تقديرها تناسبها مع غنى المتهم أو فقره. والإخلال بالمساواة لاينتج عن مبدإ الكفالة، وإنما يقع إذا سوينا بين الغنى والفقير فى مقدار الكفالة المفروضة أو المشترطة.

ومع ذلك، فإننا نرى أنه لكى نضمن للفقراء حق الاستفادة من الإفراج نظير ضمان مالى ينص فى القانون أن له دائما الحق فى تقديم كفيل شخص مقبول فى حالة عجزه عن تقديم الضمان المالى الذى يستطيع الغنى تقديمه .

كما نلاحظ أنه عاد للقول بأن "التعزير" هو عقوبة، وقال إن الفقهاء الذين يَعُدُّون الحبس الاحتياطى تعزيرا معناه أنه عقوبة جنائية . والصحيح فى نظرنا أنه مجرد تدبير "احتياطى"، أى وقائى لمنع المتهم من الهرب قبل أن يفصل قضائيا فى الاتهام الموجه إليه، أو منعه من القيام بما يعطل جمع الأدلة اللازمة للتحقيق. فهو ليس عقوبة، وإن سماه بعض الفقهاء تعزيرا لأن التعزير كما قلنا مرارا ليس عقوبة دائما وفى جميع الأحوال بل يتسع لما يسمى فى عصرنا بالتدابير الاحترازية أو الوقائية، ويسرنا أنه أورد رأيا آخر يَعُدّ الحبس فى هذه الحالة للاحتياط .

(عوده) ١٤٢- الظاهرون في الجماعة: لاتميز الشريعة الإسلامية بين الأفراد، فهم لدى الشريعة سواء، فالحاكم كالمحكوم، والشريف كالوضيع، والقوى كالضعيف، والنابه كالخامل. وقد عاتب الله رسوله عتابا شديدا؛ لأنه اهتم بأمر قادة قريش وسراتها أكثر مما اهتم بأمر فقير أعمى هو ابن أم مكتوم عمرو بن قيس. جاء يسأل الرسول أن يعلمه مما علمه الله، وكان النبى مجتمعا فى هذا الوقت بصناديد قريش وسراتها يكلمهم فى شأن الدعوة، فكره أن يقطع عليه ابن أم مكتوم كلامه-٣٩١-، وظهرت هذه الكراهية فى وجهه، وأعرض عنه وهو يطمع فى استمالة القوم، فأنزل الله جل شأنه فى ذلك الحادث قوله : ﴿عبس وتولى * أن جاءه الأعمى * ومايدريك لعله يزّكى * أو يذّكّر فتنفعه الذكرى * أما من استغنى * فأنت له تصدّى * وماعليك ألا يزّكّى * وأما من جاءك يسعى * وهو يخشى * فأنت عنه تلهّى﴾ [عبس:١ - ١٠].

وقد حرص الرسول صلى الله عليه وسلم على تطبيق مبدإ المساواة وعدم التمييز بين الأفراد. من ذلك أنه طبق هذا المبدأ يوم أن سرقت امرأة من أشراف قريش، فتحدث الناس أن رسول الله عزم على قطع يدها، وأعظموا ذلك وكلموا فيها الرسول فقام خطيبا فقال: ما إكثاركم على فى حد من حدود الله، وقع على أمة من إماء الله؟ والذى نفسى بيده لو كانت فاطمة بنت محمد نزلت بمثل الذى نزلت به لقطع محمد يدها(١).

وخاصم عبد من عامة الناس عبد الرحمن بن عوف وهو من كبار الصحابة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فغضب عبد الرحمن بن عوف، وسب العبد قائلا: يابن السوداء . فغضب النبى أشد الغضب، ورفع يده قائلا: "ليس لابن بيضاء على ابن سوداء سلطان إلا بالحق". فاستخذى عبد الرحمن وخجل، ورأى أن يعتذر للعبد أوضح اعتذار وآلمه للنفس، فوضع خده على التراب، وقال للعبد: طأ عليه حتى ترضى.

(الصدر) تعليق "رقم-٣٩١-": لأنه (ﷺ) كان يطمع فى إسلام صناديد قريش، وكان يرى (ﷺ) أن الاهتمام بإسلامهم أولى من أجوبة مسائل ابن أم مكتوم فلا يكون فى الآية طعنا للنبى (ﷺ). هذا بناء على أن المراد بالآيات المباركة عتاب النبى (ﷺ). وأما بناء على أن المراد عتاب سواه كما فى بعض الروايات فهى أجنبية عن النبى (ﷺ).

(الشاوى) رأينا فى "تعليق-٣٩١-": لانوافق عليه، ونرجح ظاهر النص. ونعتقد أن عتاب القرآن للرسول الكريم يشرفه ولاينقص من قدره.

---

(١) كتاب الخراج لأبي يوسف ص ٥٠ .

﴿عوده﴾ وكلنا يذكر قصة جبلة بن الأيهم، فقد داس أعرابى على إزاره وهما يطوفان بالكعبة، فلطمه جبلة. فشكاه الأعرابى إلى عمر بن الخطاب، فأمر بالقصاص. وعز على جبلة وهو شريف أن يقتص منه الأعرابى، فهرب ولحق بأرض الروم وتنصر، ثم أدركه الندم، فقال مقالته المشهورة :

تنصرت الأشراف من أجل لطمة وماكان فيها لو صبرت لها ضرر .

وكان عمر بن الخطاب حريصا على التسوية بين الأشراف والعامة، وله فى ذلك وقائع مشهورة [1] .

والقاعدة فى الشريعة أن التعويضات لاينظر فيها إلى شخصية المجنى عليه، ولامركزه، ولاثروته، وإنما يقدر التعويض على أساس نتيجة الفعل الذى وقع عليه. فإذا قتل شريف ووضيع ففديتهما واحدة، وإذا أصيب عامل من شركة ومدير الشركة فىحادث وترتب على الحادث أن فقد كل منهما ذراعا أو إصبعا عوض كل منهما تعويضا مساويا لتعويض الآخر .

٢٤٣ ـ *المسلمون والذميون* : وتسوى الشريعة بين المسلمين والذميين فى تطبيق نصوص الشريعة فى كل ما كانوا فيه متساوين، أما ما يختلفون فيه فلا تسوى بينهم فيه؛ لأن المساواة فى هذه الحالة تؤدى إلى ظلم الذميين. ولا يختلف الذميون عن المسلمين إلا فيما يتعلق بالعقيدة، ولذلك كان كل ما يتصل بالعقيدة لا مساواة فيه. والواقع أنه إذا كانت المساواة بين المتساوين عدلا خالصا، فإن المساواة بين المتخالفين ظلم واضح، ولا يمكن أن يُعَدّ هذا استثناء من قاعدة المساواة، بل هو تأكيد للمساواة، إذ المساواة لم يقصد بها إلا تحقيق العدالة، ولا يمكن أن تتحقق العدالة إذا سوى بين المسلمين والذميين فيما يتصل بالعقيدة الدينية؛ لأن معنى ذلك هو حمل المسلمين على ما يتفق مع عقيدتهم، وحمل الذميين على ما يختلف مع عقيدتهم، ومعناه أيضا عدم التعرض للمسلمين فيما يعتقدون، والتعرض للذميين فيما يعتقدون وإكراههم على غير ما يدينون، ومعناه أخيرا الخروج على قواعد الشريعة العامة التى تقضى بترك الذميين وما يدينون، والخروج على نص القرآن الصريح ﴿لاإكراه فى الدين﴾ [البقرة: ٢٥٦].

والجرائم التى تفرق فيها الشريعة بين المسلمين والذميين، هى الجرائم القائمة على أساس دينى محض كشرب الخمر وأكل لحم الختزير. فالشريعة الإسلامية تحرم شرب الخمر وأكل لحم الختزير، ومن العدل أن يطبق هذا التحريم على المسلم الذى يعتقد طبقا لدينه بحرمة شرب الخمر وأكل لحم الختزير، ولكن من الظلم أن يطبق هذا التحريم على

(١) راجع سيرة عمر بن الخطاب لابن الجوزى من ص ٩٥ إلى ص ١٠٠ .

(عوده) غير المسلم الذى يعتقد بأن شرب الخمر غير محرم وأن أكل لحم الخنزير لا حرمة فيه. ولو طبقت قاعدة المساواة تطبيقا أعمى لأخذ الذميون بأفعال هى فى معتقدهم غير محرمة، وفى هذا ظلم بيِّن، فكان من العدل الذى أخذت به الشريعة نفسها أن قصرت التحريم على المسلمين دون غيرهم. فالمسلم إذا شرب الخمر أو أكل لحم الخنزير ارتكب جريمة معاقبا عليها، أما الذمى فلا يُعَدّ شربه الخمر أو أكله لحم الخنزير جريمة -٣٩٢- .

ولكن يعاقب الذميون على الجرائم القائمة على أساس دينى إذا كان إتيانها محرما فى عقيدتهم، أو يُعَدّ عندهم رذيلة. أو إذا كان إتيان الفعل مفسدا للأخلاق العامة، أو ماسّا بشعور الآخرين. فمثلا شرب الخمر ليس محرما فى عقيدة الذميين ولكن السكر محرم عندهم، أو هو رذيلة، فضلا عن أنه مفسد للأخلاق العامة، ومن ثم كان الذميون معاقبين على السكر دون الشرب، فمن شرب حتى سكر عوقب-٣٩٣-، ومن شرب ولم يسكر فلا عقوبة عليه. والشريعة توجب الصوم على المسلم، وترى فى عدم الصوم معصية، وفى التظاهر بالإفطار معصية، ولكنها لا تعاقب على عدم الصوم إلا المسلم؛ لأنه ملزم به طبقا لعقيدته؛ ولأن غير المسلم ليس ملزما بالصوم؛ لأنه لا يعتقد به ولو حمل عليه بالعقوبة ظلم وأكره على عمل ما لا يعتقد ولا إكراه فى الدين. أما التظاهر بالإفطار فيعاقب عليه المسلم والذمى معا؛ لأن الذمى وقد التزم أحكام الإسلام يجب عليه أن يمتنع عن كل ما يمس شعائر الإسلام وشعور المسلمين، وهذا دون شك فى استطاعته، ولا يمس أى مساس بعقيدته، والتظاهر بالإفطار فيه مساس بشعيرة الصوم، وبشعور الصائمين، فإذا ما تظاهر الذمى بالإفطار عوقب على تظاهره بالإفطار، وإذا لم يتظاهر فلا عقاب عليه ولو أنه مفطر، لأن الصوم ليس واجبا عليه-٣٩٤- .

(الصدر) تعليق "رقم-٣٩٢-": ولكن التجاهر بشرب الخمر جريمة يعاقب عليها، وهكذا التجاهر ببقية الكبائر فى الشريعة الإسلامية، لأن الذمى وقد التزم بأحكام الإسلام يجب عليه أن يمتنع عن التظاهر بمخالفة الإسلام ومخالفة أحكامه وألاّ يعمل عملا يكون سببا لإفساد أخلاق المسلمين ومن البديهى أن التجاهر بالمعاصى الكبيرة قد يكون سببا لإفساد أخلاق المسلمين وتجرؤهم على مخالفة أحكام الاسلام .

(الصدر) تعليق "رقم-٣٩٣-": إذا تجاهر به أو كان عندهم جريمة .

(الصدر) تعليق "رقم-٣٩٤-": إن الصوم من الأحكام الشرعية التى يخاطب بها جميع المكلفين من مسلمين وغيرهم بناء على ما هو المشهور بين فقهاء المذهب الجعفرى من كون الكفار مكلفين بالفروع كالأصول، وإنما لا تعاقبهم السلطة على ترك الصوم لأن الصوم لا يصح من المكلف إلا مع الإسلام، ولما كان من لوازم الذمة إبقاؤهم على دينهم فلا تعاقبهم السلطة على مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية.

(الشاوى) رأينا فى "التعليقات-٣٩٢- إلى -٣٩٤- ": العقاب على التظاهر ليس عقابا على الفعل ذاته، ولذلك يستوى فيه الجميع سواء كانوا مسلمين أو غير مسلمين .

۞ 242، 243 – المساواة أصل شرعي نعتز به، ومراعاة الظروف الشخصية عند الحكم بالتعويض عن الضرر لايخل بها :

نؤيد اعتزازه بما سبقت إليه الشريعة جميع القوانين فى المساواة بين جميع الناس فى تطبيق العقوبات على النحو الذى فصّله. ونرى أنه لا يجوز الخروج عليه ...

لكننا لا نذهب إلى ما قاله من أن تحديد الدية شرعا يتعارض مع تقدير تعويضات مالية إضافية يرى أنها قد تخل بمبدإ المساواة. ونحن لا نصل إلى هذا الحد، وسيكون تفصيل رأينا فى موضعه عند دراسة العقوبات، لكننا نبادر للقول بأن رأينا هو أن الدية المفروضة شرعا هى الحد الأدنى الثابت الذى لا يجوز النزول عنه لأنها بمثابة عقوبة تجب فيها المساواة، لكن ذلك لايمنع فى نظرنا أن يضاف إليها تعويض إذا لم تكن كافية فى نظر القاضى للتعويض عن الضرر الذى أحدثته الجريمة، وذلك تطبيقا لمبدإ شرعى أساسى هو أنه "لا ضرر ولا ضرار".

والتفاوت فى مقدار التعويض ليس معناه الإخلال بالمساواة طالما أن معياره تقدير الضرر، ومقدار الضرر لا مانع شرعا أن يراعى فيه المركز الاجتماعى أو المالى للطرفين. فالضرر الذي يصيب تاجرا ناجحا غنيا من التشهير به أكبر بكثير من الضرر الذى يصيب معدما لا يملك إلا عمله أو جهده .

ونشير بالذات إلى أننا نؤيد ترجيحه لمذهب الإمام أبي حنيفة[1] فى وجوب المساواة بين المسلم وغيره فى القصاص، لأن البشر متساوون فى حقهم فى حرمة حياتهم وسلامة أبدانهم وأعراضهم ... وهذا هو ما يستقيم مع عموم النص. ونرجح رأي أبى حنيفة فيما يتعلق بعدم تطبيق حد الرجم على الزانى المحصن على الذميين، وسبب ذلك أن لنا رأيا فى هذا الحد ونؤيد القائلين بعدم وجوبه بالنسبة للمسلمين أيضا، كما أن رأينا فى عقوبة القذف أنها التعزير فى الأصل بالنسبة للجميع، أما الحد فخاص بقذف المحصنات بنسبة الزنا إليهن . وعلى العموم، فإننا نعارض كل استثناء على مبدإ المساواة بين الناس جميعا فى العقوبة لأننا نرى أنه مبدأ عام لا استثناء فيه، وهذا هو ما يؤكده فقيهنا فى النهاية[2] .

---

(1) البند (245) .

(2) البند (246) .

<عوده> ١٤٤ - *ميزة للشريعة* : ويترتب على التفرقة فى تطبيق نصوص الشريعة بين المسلمين والذميين أن تكون الجرائم فى الشريعة قسمين : قسم عام يعاقب على إتيانه كل المقيمين فى دار الإسلام، وقسم خاص يعاقب على إتيانه المسلمون دون غيرهم، ولا يمكن أن يقع إلا منهم، وأساس هذا القسم هو الدين .

وليس فى القوانين الوضعية الحديثة - على ما أعلم - قانون واحد لم يسلك مسلك الشريعة من حيث جعل بعض الجرائم عامًا يقع من كل الرعايا، وبعضها خاصا يقع من بعض الرعايا فقط، ولكن القوانين لا تجعل أساس التفرقة الدين .

وقد اضطرت الشريعة الإسلامية لسلوك هذا الطريق لتحقيق العدالة، وتوفير حرية الاعتقاد، والمحافظة على النظام، وأساس النظام فى الشريعة هو الإسلام. أما القوانين الوضعية فليس فيها ما يحمل واضعيها على سلوك هذا الطريق، لأن القوانين تجرد عادة من كل ما له مساس بالعقائد والأخلاق والدين على العموم، ويكتفى فيها بتحريم ما يمس علاقات الأفراد المادية، أو يمس الأمن، أو نظام الحكم. وقد أدت طريقة القوانين إلى فساد الأخلاق، وشيوع الفوضى، والتحلل من كل القيود، وأوجدت فى الجماهير روح التمرد، والاستعداد للخروج على قواعد القانون والاستهانة بها، فكثرت الثورات والانقلابات، وصارت النظم تتغير يوما بعد يوم، وكل نظام يلاقى مصير النظام الذى سبقه.

ولقد أوقع المشرعين الوضعيين فى هذا الخطإ الفاحش أنهم أرادوا أن يحققوا المساواة، ويطبقوا مبدأ حرية الاعتقاد، فلم يروا وسيلة لتطبيق هذين المبدأين معا إلا أن يجردوا القانون من كل ما يمس العقائد والأخلاق والأديان، فأدى بهم هذا التطبيق السيىء إلى هذه النتائج المحزنة. ولو أنهم أخذوا بطريقة الشريعة الإسلامية لضمنوا تحقيق ماشاءوا من مبادئ، ولمنعوا من وقوع هذه المساوئ .

ولعل عذر المشرعين الوضعيين فيما حدث أن القوانين الوضعية كانت إلى ماقبل الثورة الفرنسية تقوم على أساس دينى يراعى فيه مذهب الحاكم واعتقاده، لا مذاهب المحكومين جميعا وعقائدهم، بحيث كان المخالفون فى العقيدة يحملون حملا بسطوة القانون على اعتناق مذهب الحاكم أو عقيدته، وقد أدى هذا المسلك إلى إثارة الشحناء والبغضاء بين أفراد الشعب الواحد، وإراقة الدماء وتعدد المذابح، مما كان له رد فعل قوى حمل المشرعين على أن يعالجوا هذه الحالة بتجريد القوانين الحديثة من كل ما يمس العقائد والأخلاق والأديان، ولكن هذا العلاج أدى إلى نتائج لا تقل سوءا كما رأينا، ولا أظن أن هناك علاجا موفقا كالعلاج الذى ارتأته الشريعة، فإنه يؤدى إلى الأخذ بمبدأى المساواة وحرية الاعتقاد، كما يؤدى فى الوقت نفسه إلى الاحتفاظ بالقيم الأخلاقية والروحية، وهى الأساس الأول فى احترام الشرائع والقوانين .

عوده ويجب ألا ننسى حين نقارن القوانين الوضعية بالشريعة الإسلامية، أن الشريعة الأخيرة شريعة دينية أساسها الإسلام، فلا يمكن بطبيعة الحال أن تتجه اتجاها يخالف الإسلام، وأن الدين الإسلامى يُعَدّ النظام الأساسى للدولة بكل ما يشتمل عليه من صوم وصلاة وزكاة وحج وتوحيد. وبكل ما يوجبه ويحرمه، وهو نظام لا يقبل التجزئة بطبيعته، فليس من المستطاع الأخذ ببعضه وترك بعضه؛ لأن الأخذ ببعضه، وترك بعضه هدم له. وقد فهم أصحاب الرسول (ﷺ) هذا الوضع حق الفهم، فحاربوا مانعى الزكاة-٣٩٥- بعد وفاة الرسول واعتبروهم مرتدين؛ مع أن المسلمين كانوا فى أشد الحاجة إلى المسالمة فى هذا الوقت العصيب الذى انتفضت فيه شبه جزيرة العرب كلها من المسلمين-٣٩٦- .

فالشريعة إذن لا يمكن بأى حال أن تتخلى عن العقاب على الجرائم الدينية أو الأخلاقية، لأنها تقوم على النظام الإسلامى، ولأنها وجدت لحماية هذا النظام والمحافظة على مقوماته، فلا بد أن تحرم كل ما يمسه وتعاقب عليه .

ولا يصح أن يُعَدّ هذا عيبا فى الشريعة الإسلامية، لأنه صفة أساسية لاصقة بكل نظام أقيم أو يقام على وجه الأرض. فكل نظام له أسسه التى يقوم عليها، ومقوماته التى لا يستمر بغيرها، ولا يمكن أن يقوم أى نظام وضعى أو غير وضعى إذا أهملت أسسه، وتجوهلت مقوماته. فالديمقراطية لها أسس معينة ومقومات خاصة، والنازية لها أسس معينة، ومقومات خاصة، والشيوعية لها أسس معينة، ومقومات خاصة. وكل نظام من هذه الأنظمة تختلف أسسه ومقوماته اختلافا ظاهرا عن أسس النظام الآخر ومقوماته، ولا يمكن أن يعيش أى نظام من هذه الأنظمة إذا أهملت بعض أسسه، أو تجوهلت بعض مقوماته؛ لأنه بهذه الأسس والمقومات وجد وعاش، وتميز عن غيره من الأنظمة. ونحن نعلم أن كل نظام من هذه الأنظمة الثلاثة يضع عقوبات قاسية على كل ما يمس أسس النظام، أو يهدم مقوماته، فلا عيب إذن على الشريعة إذا عاقبت

الصدر تعليق "رقم-٣٩٥-": إنما يحارب مانعو الزكاة إذا أنكروا وجوبها أو امتنعوا من إخراجها، أما إذا منعوها عن الدولة التى تطالبهم بها لاعتقادهم بعدم مشروعيتها وإنما قسموها بأنفسهم كما هو الحال فى مانعى الزكاة بعد النبى (ﷺ) فلا تجوز محاربتهم .

الصدر تعليق"رقم-٣٩٦-": لم يثبت التاريخ إلا انتفاض بعض أطراف الجزيرة لا جميعها على المسلمين.

الشاوى رأينا فى "التعليقين رقمى-٣٩٥-،-٣٩٦-": يدهشنا إصراره على نقد موقف أبى بكر الصديق ممن منعوا الزكاة – الذى يخالف فيه الثابت تاريخيا – ونرجو أن يكون ذلك رأيا شخصيا له ولاينسبه إلى المذهب الجعفرى .

<عوده> كل ما يمس النظام الذى قامت عليه؛ لأن ماتفعله الشريعة هو طبيعة لازمة لكل نظام يراد له البقاء والنماء والاستقرار. وإذا كانت الشريعة تعاقب على ما لا تعاقب عليه القوانين الوضعية فليس ذلك بشيء؛ لأنه يرجع إلى تغاير النظم واختلاف طبائعها. وما دامت اتجاهات النظم مختلفة، وطبائعها مختلفة، فلا يمكن أن تتفق فيما تحل وفيما تحرم. والأمثلة على ذلك بارزة فى الأنظمة الوضعية. فالشيوعية مثلا تعاقب على الدعوة للنازية والديمقراطية، والنازية تعاقب على الدعوة للديمقراطية والشيوعية، والديمقراطية تحارب الشيوعية والنازية وتعاقب عليهما، والملكية الفردية مباحة إلى غير حد فى البلاد الديمقراطية، ولكنها جريمة فى البلاد الشيوعية. فاختلاف الأفعال المحرمة فى النظم لا يمكن أن يكون عيبا بذاته؛ لأن قيمة النظام لا تقاس بما يحل وما يحرم، ولا بعمومه وخصوصه، وإنما يقاس بما يؤدى إليه من إسعاد الجماعة، ورقيها وتفوقها، ونشر العدل والمساواة والتراحم بين أفرادها.

ولست أترك هذا الموضوع قبل أن أبين حقيقة مقررة فى الشريعة الإسلامية لا يأتيها الباطل من بين يديها ولا من خلفها، وهى أن الشريعة نصت على أفعال معينة وعَدَّتْها جرائم، وأوجبت العقوبات عليها، ولم تجعل لولى الأمر حق العفو عن العقوبة أو الجريمة فى بعض هذه الجرائم، وهى الحدود والقصاص، وجعلت له حق العفو عن الجريمة-٣٩٧- أو العقوبة فى بعضها الآخر، وهى جرائم التعازير. كذلك ترك لولى الأمر أن يحرم كل الأفعال التى تقتضى مصلحة الجماعة والنظام العام تحريمها-٣٩٨-، وأهم هذه الأفعال هى الأفعال التى تخالف روح الشريعة أو مبادئها العامة، فإن رأى ولى الأمر أن المصلحة تقتضى تحريم فعل معين حرمه-٣٩٩- وعاقب عليه بعقوبة تعزيرية. وحق ولى الأمر فى التحريم والعفو عن العقوبة أو الجريمة مقيد بالصالح العام والنظام العام، أى: النظام الإسلامى، وعلى هذا يمكن القول بأن كل الجرائم ذات الأساس الدينى البحت لاخيار فى العقاب عليها، لأن الجريمة إن كانت حدّا فلا محيص من العقاب عليها، وإن كانت الجريمة تعزيرا فإن العفو عن العقوبة أو الجريمة مقيد بمصلحة النظام الإسلامى،

[الصدر] تعليق "رقم-٣٩٧-": مر علينا قريبا أنه لا معنى لعفو ولى الأمر عن الجريمة إلا إباحتها، ولا يحق لولى الأمر أن يبيح ماحرمه الله .

[الصدر] تعليق "رقم-٣٩٨-": أى المنع عنها فى زمان خاص وفق ماتقتضيه المصلحة الإلزامية وليس له أن يحرم شيئا تحريما مطلقا ما لم يكن مستندا إلى دليل شرعى .

[الصدر] تعليق "رقم-٣٩٩-": بالمعنى الذى مر علينا قريبا .

عوده ولاشك فى أن العفو فى كل الأحوال يتنافى مع هذا النظام-٤٠٠- . كذلك فإن ولى الأمر ملزم بتحريم-٤٠١- كل ما يتنافى مع روح الإسلام ومبادئه العامة وفرض عقوبة عليه، فسلطان ولى الأمر فى التحريم وعدم التحريم-٤٠٢- والعفو وعدم العفو مقرر لمصلحة النظام الإسلامى، وليس لمصلحة ولى الأمر ولا لأى مصلحة أخرى. والعقوبة المقررة للجرائم الدينية إنما قررت لمصلحة النظام الإسلامى دون غيره، وما كان مقررا لمصلحة نظام ما، فلا يصح أن يجادل فيه من يريد إقامة هذا النظام، ولا يصح أن يتهاون فى شأنه القائمون على أمر هذا النظام، ولا ضير فى أن تخالف الشريعة الإسلامية القوانين الوضعية فى العقاب على الجرائم الدينية، فإن الخلاف راجع إلى اختلاف طبيعة النظم، كما لم يثن الشيوعيين عن تحبيذ الشيوعية وتفضيلها على غيرها من الأنظمة، مع أنها تخالف كل نظام وضعى أو سماوى وجد على وجه الأرض حتى اليوم، كما أنها لا تتفق مع طبائع الأشياء .

ولقد قلنا : إن الشريعة الإسلامية تقسم الجرائم إلى جرائم عامة تقع من كل الرعايا، وجرائم خاصة تقع من المسلمين دون غيرهم، وإن أساس هذه الجرائم الخاصة هو الدين. وقلنا : إن هذا المسلك غير غريب على القوانين الوضعية فى اتجاهها الحديث، وإن كانت لاتجعل أساس التفرقة الدين . وتفصيل ذلك أن القوانين الوضعية الحديثة لا تخلو من نصوص خاصة لا تنطبق إلا على بعض الأشخاص أو بعض الهيئات، كالنصوص التى تنطبق على القضاة دون غيرهم، أو على المحامين أو الأطباء. وهذه النصوص تحرم على بعض الأشخاص أو بعض الهيئات أفعالا معينة، وتعاقب عليها بعقوبات خاصة. وتحريم بعض الأفعال على أشخاص أو فئات معينة يساوى ما فعلته الشريعة من عقاب المسلم على بعض الأفعال المحرمة عليه دون غيره. ومعنى ذلك أن القوانين الوضعية الحديثة قد اضطرت لحماية المصلحة الفردية والعامة إلى أن تأخذ بالنظرية التى جاءت بها الشريعة الإسلامية من أربعة عشر قرنا لحماية مصالح الجماعة ونظامها العام .

الصدر تعليق "رقم-٤٠٠-": ولكن قد تقتضى المصلحة الإسلامية مخالفة هذا النظام فى بعض الأحوال.
الصدر تعليق "رقم-٤٠١-": بالمعنى الذى ذكرناه آنفا .
الصدر تعليق "رقم-٤٠٢-": أى فى المنع عنه وعدم المنع عنه كما مر علينا قريبا.
الشاوى رأينا فى تعليق "رقم-٤٠٢-": تراجع الحاشية .

❁ 244 – شرعية النظم السياسية بقدر التزامها بأحكام الإسلام :

إننا لا نوافق على قياس المبادئ والنظريات الإسلامية على النظم السياسية القديمة أو الحديثة، ولا نرى داعيا للاستشهاد بما توصلت إليه بعض النظم السياسية "العصرية" لتدعيم رأى أو حكم أو مبدإ إسلامى أو إثبات تقدمه وتفوقه .

إن ما قاله عن اتجاه النظم السياسية (الاشتراكية أو الديمقراطية أو النازية) إلى فرض عقوبات جنائية "وضعية" لحماية ما تَعُدّه نظاما عامّا للدولة – لايجوز أن تكون له علاقة بالنظريات الشرعية الإسلامية ذات الطابع الإنسانى الذى يتجاوز المذاهب والنظم السياسية ولو سميت بأنها عصرية .

ومن أهم هذه النظريات الإسلامية، مبدأ المساواة الإنسانية التى أكدها رسولنا الكريم فى حجة الوداع بقوله (ما معناه) "أيها الناس إن أباكم واحد وإن إلهكم واحد". ومعنى ذلك أنه لا فضل ولا تفاضل بين الناس باللون أو الجنس أو أى صفة إنسانية أخرى ...

إنه أشار مرارا إلى عالمية الشريعة، ويقصد بذلك أن مبادئها إنسانية عالمية وليست لصالح شعب يتميز عن غيره. فالقرآن لم يصف المسلمين بأنهم شعب الله المختار كما تدعى ذلك أمم أخرى، بل وصفهم بأنهم أمة وسط تتصل بجميع أطراف العالم وعناصره وأممه لتبلغهم دعوة الحق وتشهد عليهم بذلك كما شهد علينا رسولنا الكريم .

معنى ذلك فى نظرنا أن شريعتنا لا تنسب لدولة معينة ولا نظام سياسى معين، ولا تنتسب لها أى دولة إلا بقدر ما تلتزم بأحكامها وتنفذها. وهذا القدر من الالتزام يختلف كما هو واضح فى تاريخنا، إذ لم يكن التزاما كاملا قط بعد عهد الرسول وخلفائه الراشدين، ومع ذلك فإن تلك الدول وصفت نفسها بأنها إسلامية وما زالت توصف بذلك، وسجل التاريخ ذلك. وما زال عصرنا يشهد دولا عديدة تدَّعى هذه الصفة، لكن ليس معنى ذلك القول بأن نظامها هو الإسلام دون غيره ولا أنه هو الإسلام الكامل.

وحتى لو انتسب نظام معين للإسلام، فليس معنى ذلك أن ينسب الإسلام إليه أو يتجسد فيه أو أنه يحتكر هذا الوصف دون غيره، لأن شريعتنا وضعت مبادئ ونظريات يمكن أن تقام عليها نظم متنوعة ومتعددة بل ومختلفة ومتغيرة، ويمكن أن توصف كلها بأنها إسلامية رغم اختلافها .

لهذا السبب، فإننا لا نقر قياس مبادئ الإسلام على أى نظام سياسى، مثل النظم العصرية التى رفعت شعارات الاشتراكية أو الفاشية أو الديمقراطية، بل إن النظم التى تنتسب للإسلام لا نعترف لها بهذه الصفة إلا بقدر ما تلتزم به من مبادئ شريعتنا وأصولها

❁ أحكام شريعتنا لصالح الأمة والمجتمع والأفراد لا لصالح المسيطرين من حكام الجور :

وأحكامها، وهذا أمر تختلف فيه الآراء خصوصا أن هناك مذاهب متنوعة ومتعددة فى شريعتنا، وكثيرا ما تعلن الدولة التى توصف بأنها إسلامية، أنها تلتزم بأحد تلك المذاهب دون غيره وهنا تكون الدولة مذهبية بهذا المعنى، فهى دولة شيعية أو سنية أو زيدية ... إلخ.

وعلى العموم، لا يجوز الادعاء بأن أحد هذه النظم هو الإسلام وحده أو أنه يحتكر الانتساب إلى الإسلام، وأن النظم التى تخالفه إنما تخالف الإسلام الذى هو أوسع من أى نظام ينتسب إليه .

نحن نُصر على أن الإسلام وشريعته عبارة عن مجموعة من العقائد والقيم والمبادئ الإنسانية وليس نظاما معينا – ولايصح قياسه على النظم السياسية المختلفة سواء كانت تنتسب للإسلام أو تُعَدّ أجنبية عنه أو حتى معادية له .

وإذا كانت الدول العصرية التى ترفع شعار فلسفة وضعية (ماركسية أو فاشية أو ديمقراطية) تعطى نفسها الحق فى أن تفرض عقوبات جنائية لحماية ما تحسبه "النظام العام"، فلا نرى من الصواب أن نقيس أحكام الإسلام بهذا القياس، ونصف بعض الأحكام الشرعية بأنها تحمى النظام العام، لأن ما يسمى النظام العام ينسب عادة للدولة، والإسلام أوسع نطاقا من الدولة أيا كانت صفتها كما بينا، حتى ولو أعلنت أنها دولة "إسلامية" .

إننا نفضل عرض مبادئ شريعتنا على أنها إنسانية لا تخص شعبا معينا، حتى إن شريعتنا قد اتسعت لأحكام الطوائف غير الإسلامية التى تستظل بمبادئ شريعتنا وتعترف بسيادتها التى تحمى معتقداتها وعبادتها حتى ولو كانت تخالف بعض أحكام شريعتنا المطبقة على المسلمين. فشريعتنا ذات طبيعة عالمية أو إنسانية، وليست قومية ولا طائفية .

إن التشريع الجنائى –سواء كان إسلاميا أم لا– هو تشريع اجتماعى بمعنى أن هدفه وغايته يفترض أنها لحماية مصلحة الجماعة، ولا مبرر لتوقيع عقوبة جنائية على الفرد إلا إذا كان ذلك لمصلحة الجماعة وأمنها وسلامتها لا لمصلحة نظام سياسى معين أيا كانت صفته أو شعاراته .

ومع ذلك، فهناك أمران لا بد من الإشارة إليهما :

الأول : أن الشريعة الإلهية عندما تفرض أحكاما تشريعية، سواء كانت جنائية أم لا، إنما يكون مقصدها من ذلك هو مصلحة الجماعة ... لا مصلحة "الدولة" ونظامها السياسى، لأن الدولة ليست هى الجماعة ولا الأمة، وإن ادعت أنها تمثلها .

يمكننا القول بأن الأحكام الشرعية كلها، بما فيها ما يفرض عقوبات جنائية، إذا وصفت بأنها تشريع إلهى فإن ذلك لا يعنى أنها ليست تشريعا اجتماعيا لمصلحة الجماعة، وإن وصفت بأنها أحكام دينية .

❁ جميع الأحكام الشرعية لها طابع ديني واجتماعي فى الوقت نفسه:

لذلك لا نرى مسوّغا للإشارة إلى ما يَعُدّه "جرائم ذات الأساس الدينى" أو ما يسميه "جرائم دينية"، لأن جميع الجرائم والعقوبات فى شريعتنا هى اجتماعية لصالح المجتمع – وهى كذلك يمكن أن توصف بأنها كلها دينية لأن أحكامها مستمدة من شريعتنا الدينية ومنسوبة إلى مصادرها الإلهية .

وقد سبق أن قلنا إن فرض عقوبات مقدرة على مرتكبى بعض الأفعال يرجع إلى خطورتها على المجتمع وتهديدها لأركانه الأساسية، ولذلك فلا نوافق على وصفها بأنها مقررة لصالح "النظام الإسلامى" دون غيره، ولا مبرر لقياسها على ما تفرضه الدول الشيوعية أو غيرها لحماية نظامها السياسى ... أو نظام الدولة – فالدولة شيء والمجتمع شيء آخر .

كل ما هنالك أنه يلاحظ أن بعض الجرائم الخطيرة على أمن الجماعة حددت لها النصوص الشرعية عقوباتها، وفرضتها كلما توافرت شروط تسوّغ تلك العقوبات التى توصف بأنها حدود أو قصاص. ولهذا السبب، يرى هو عَدَّها دينية. لكن ليس معنى ذلك أنها ليست اجتماعية، وإذا كان لها أساس دينى فليس معنى ذلك أن الجرائم الأخرى ليس لها هذا الأساس.

فيما يخص "الأساس الدينى"، فنحن نرى أنه يتوافر فى جميع العقوبات الشرعية التى تجيزها الشريعة حتى ولو كانت تعازير. كل ما هنالك أنها سميت كذلك ولم تفرض لها حدود أو عقوبات مقدرة لأن مصلحة الجماعة تستوجب أن يكون الهدف الأول من فرضها هو للتأديب والتهذيب، وأن تترك تقدير ما يلزم لذلك لاجتهاد الفقه والقضاء، فى حين أن العقوبات الحدية أو القصاص غرضها الأول هوالزجر والتخويف، وهو لمصلحة الجماعة كما أن التأديب والتهذيب لمصلحتها أيضا، كل ما هنالك أن هذا المقصد الشرعى الأخير رأى الشارع الحكيم أنه من الأولى أن يترك للقاضى أو أولياء الأمر قدرا أكبر من الحرية والمرونة ليحدد الجرائم والعقوبات حسبما تقتضيه ظروف الزمان والمكان وظروف الشخص الذى ارتكب الفعل. وهذه السلطة التقديرية التى فوضها المشرع الإلهى لأولى الأمر من مجتهدين وقضاة لا تغير طبيعة الجريمة ولا العقوبة بحسبانها ضرورية لصالح المجتمع، بل ولا تقطع صلتها بالمصدر الإلهى للشريعة، لأن أولى الأمر إنما يستمدون ولايتهم وتقديرهم للجريمة والجزاء فى هذا الصدد من المصادر أو النصوص الدينية ذاتها وما يبنى عليها من نظريات تشريعية، فلا يجوز فى نظرنا أن يكون ذلك مسوّغا لوصفها بأنها ليست ذات أساس دينى.

۞ دور رئيس الدولة أنه رمز لجميع السلطات التي يجب الفصل بينها لمنع الحكم الشمولي :

إننا لانقر القول بأن جرائم الحدود والقصاص هي وحدها جرائم دينية، أو أنها هي التي قررت لمصلحة ما يسميه "النظام الإسلامي"، ونفضل الإشارة إلى "المجتمع" الإسلامي، – لأن التعازير هي أيضا لمصلحة هذا المجتمع الإنساني العادل الذي سُنَّت أحكام شريعتنا كلها لصالحه مهما اختلفت صور نطاقه أو تنوعت .

إن تسامح شريعتنا مع الأديان الأخرى التي يدخل معتنقوها في المجتمع الإسلامي اقتضى إعفاءهم من العقاب على أفعال يعاقب عليها المسلم، وهو ميزة لشريعتنا التي جعلت المجتمع الإسلامي مفتوحا للديانات الأخرى ومتعدد الأديان. وكل ما اختصت به أصحاب الديانات الأخرى هو امتيازات لصالحهم بإعفائهم من الأحكام الجنائية التي تتعارض مع عقيدتهم، وذلك لا يحتاج في تسويغه إلى قياس مبادئنا على النظم السياسية الوضعية التي أشار إليها .

مرة أخرى، لا بد أن نشير إلى أننا نفضل عدم استخدام اصطلاح "ولي الأمر" –الذي يفهم منه البعض أنه "رئيس الدولة"– لأننا قلنا إن المقصود بأولياء الأمر في كل ما يتعلق بالشريعة هم المجتهدون والقضاة المجتهدون أيضا، ولذلك فقد سبق أن قلنا إن العفو بجميع صوره هو من اختصاص المجلس الأعلى للقضاء أو للفقه. وإذا كان الأمر يصدر بتوقيع رئيس الدولة، فلا يكون ذلك إلا بناء على قرار هذا المجلس بحسبانه منفذا للقرار القضائي أو الاجتهادي .

إن رئيس الدولة في عصرنا له دور رمزي يمثل وحدة الأمة، ولكن ليس معنى ذلك أن يمارس سلطة شاملة تجمع الاختصاصات التشريعية مع الشئون السياسية والتنفيذية أو القضائية، ويجب توزيع هذه الاختصاصات والفصل بين السلطات لمنع الحكم الشمولي الذي يؤدي إلى الطغيان والجور .

﴿عوده﴾ ٢٤٥ـ هل تفرق الشريعة فى العقوبة بين المسلم وغير المسلم ؟ :
القاعدة فى الشريعة أن من ارتكب جريمة عوقب بالعقوبة المقررة لها. وإذا كانت الشريعة تحرم الفعل على فئة دون فئة للأسباب التى بيناها فيما سبق، فإن الشريعة لاتخص فئة بعقوبة دون فئة .

والعقوبات فى الحدود مقدرة، أى عقوبات ذات حد واحد لاتزيد ولاتنقص، وليس للقاضى أن يستبدل بها عقوبات أخرى. والعقوبات فى جرائم القصاص مقدرة أيضا، ولكن يصح أن تستبدل بها عقوبات أخرى إذا عفا المجنى عليه أو وليه، أو كان مانع شرعى من العقوبة، وليس للقاضى حق الاستبدال، وعليه أن يطبق العقوبة الأصلية إذا لم يكن مانع أو عفو، فإن كان أحدهما طبق العقوبة البدلية. أما عقوبات التعزير، فهى ذات حدين غالبا، وتقدير العقوبة متروك للقاضى-٤٠٣- يترل بالعقوبة إلى حدها الأدنى، أو يرتفع بها إلى الحد الأعلى، بحسب مايرى من ظروف الجريمة وظروف الجانى .

وظاهر مما سبق أن طبيعة العقوبات فى الشريعة لاتسمح بالتفريق فى العقوبة بين فرد وفرد، ولامسلم وغير مسلم، وأن لكل جريمة عقوبتها، فمن ارتكب جريمة استحق عقوبتها سواء كان مسلما أو غير مسلم .

لكن هناك جرائم اختلف فيها الفقهاء على الشروط التى يجب توافرها فى الجانى أو المجنى عليه؛ ليستحق الجانى العقوبة المقررة لهذه الجرائم. وهذا الخلاف قد يدعو غير الملم بالشريعة أو بأحكام المذاهب المختلفة إلى الظن بأن الشريعة تفرق فى العقوبة بين المسلم وغير المسلم. والجرائم المختلف عليها هى على وجه التحديد ثلاث: القتل العمد، والزنا، والقذف.

فأما القتل العمد، فعقوبته فى الشريعة هى القصاص، ولكن مالكا والشافعى وأحمد لايجيزون القصاص من المسلم إذا قتل الذمى، وحجتهم ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : "ألا لايقتل مسلم بكافر". أما أبو حنيفة فيرى القصاص من المسلم إذا قتل الذمى؛ لأنه يفسر لفظ الكافر بأنه من لاعهد له-٤٠٤- فلا ينطبق على الذمى لأنه

[الصدر] تعليق "رقم-٤٠٣-": فيختار مايكون رادعا للمجرم عن العود إلى جريمته ومانعا لغيره من اقتفاء أثره .

[الشاوى] رأينا فى تعليق "رقم-٤٠٣-": أن الذى يختار فى عصرنا الحالى هو المقنن، أى أهل الاجتهاد.

[الصدر] تعليق "رقم-٤٠٤-": هذا التفسير مخالف لإطلاق الرواية ولاينافى عدم قتل المسلم بالكافر بالمساواة المدعاة، لأن الكافر لايحق له السكنى فى بلد المسلمين ولا طلب الحماية منهم إلا بعد الالتزام بشرائط الذمة وأحكام الإسلام، ومن جملتها أن المسلمين يحافظون على حياته ويؤدبون قاتله ويأخذون منه الدية ولكن لايقتلون قاتله إذا كان مسلما. ولما كان قد أقدم على السكنى فى بلاد المسلمين ملتزما بجميع ما ذكرنا مختارا غير مجبر عليه، فليس له الحق فى أن يطالب بالقصاص من قاتله إذا كان مسلما .

[الشاوى] رأينا فى تعليق "رقم-٤٠٤-": لانوافق على اعتراضه على مذهب أبى حنيفة الذى أيده فقيهنا فى الصلب، لأنه يتفق مع المساواة فى الإنسانية، وهى أصل عام فى شريعتنا .

ذو عهد، ويتمسك بعموم النص الذى جعل القصاص عقوبة لكل قتل. فالخلاف بين الفقهاء هنا هو خلاف فى تفسير نص، ولاشك فى أن التفسير الذى يسوى بين المسلم والذمى هو التفسير الذى يستقيم مع عموم النص-٤٠٥- ومع التسوية بين الاثنين فى الجرائم عامة .

وفى الزنا لاخلاف على عقاب الزانى غير المحصن. فالمسلم غير المحصن والذمى غير المحصن عقوبتهما واحدة وهى الجلد، ولكن الفقهاء اختلفوا فى الزانى المحصن، فرأى أبو حنيفة أن الذمى لايمكن أن يعاقب بالرجم وهو العقوبة المقررة للزانى المحصن، وحجته أن من شروط الإحصان الإسلام فلا يمكن عَدُّ الذمى محصنا؛ ولذلك فعقوبته فى كل الأحوال الجلد. أما المسلم المحصن فعقوبته الرجم. ورأى مالك والشافعى وأحمد أن الإسلام ليس شرطا فى الإحصان-٤٠٦-، ومن ثم فالذمى المحصن يعاقب عندهم بالرجم كالمسلم. فالخلاف بين الفريقين أساسه تفسير لفظ الإحصان.

والقذف من أركانه الإحصان لقوله تعالى: ﴿والذين يرمُون المحصَنات﴾[النور: ٤]، فإذا فسر لفظ الإحصان على أن من شروطه الإسلام ترتب على هذا التفسير-٤٠٧- أن يعاقب قاذف المسلم بعقوبة الحد وهى الجلد ثمانين جلدة، ويعاقب قاذف الذمى بالتعزير، والتعزير قد يكون جلدا أو حبسا أو غير ذلك، وقد يكون أخف من عقوبة الحد وقد يكون أنكى منها-٤٠٨-.

الصدر تعليق "رقم-٤٠٥-": لابد من رفع اليد عن عموم مادل على الاقتصاص بالخبر المذكور ونظائره لكونها أخص منه فتكون مفسرة له وتخصيصه بغير المسلم إذا قتل الكافر ولايصح رفع اليد عن ظاهره للمحافظة على عموم العام.

ولكن هذه الأدلة الخاصة بأنه لايقتل مسلم بكافر أيضا مخصصة بما إذا لم يعتد قتل أهل الذمة وإلا فيقتل كما يذهب إلى ذلك فقهاء المذهب الجعفرى، ويستندون فى ذلك إلى رواية إسماعيل بن الفضل عن الإمام جعفر بن محمد الصادق (ع) الحاكمة بوجوب قتل من يعتاد قتل أهل الذمة.

الشاوى رأينا فى تعليق "رقم-٤٠٥-": يراجع رأينا على التعليق السابق.

الصدر تعليق "رقم-٤٠٦-": وإلى هذا الرأى ذهب فقهاء المذهب الجعفرى لعدم دليل على اشتراط الإحصان بالإسلام.

الصدر تعليق "رقم-٤٠٧-": بل وحتى لو أنكرنا كون الإسلام من شروط الإحصان، فلا يحد من يقذف كافرا، لخبر إسماعيل بن الفضل عن الإمام جعفر محمد الصادق (ع) وغيره من الأخبار.

الشاوى رأينا على "التعليقين-٤٠٦-،-٤٠٧-": تراجع الحاشية.

الصدر تعليق "رقم-٤٠٨-": الذى يذهب إليه كثير من علماء المسلمين أن التعزير ينبغى ألاّ يصل إلى مقدار الحد .

⟨عوده⟩ وظاهر من مقارنة النتائج فى هذه الجرائم الثلاث أن الأمر لايسير على نهج واحد، ولاينتهى بنتائج واحدة. فإذا كانت النتيجة فى القتل تخفيف عقوبة المسلم، فقد كانت فى الزنا تخفيف عقوبة الذمى-٤٠٩-، وتشديد عقوبة المسلم. أما فى القذف فقد تكون النتيجة فى صالح الذمى وقد تكون ضده-٤١٠-. وهذه النتائج التى تنتهى إليها آراء الفقهاء تكفى بذاتها لدفع مايمكن أن يظن من أن الشريعة تميز المسلم على غير المسلم فى العقوبة، كما أن هذه النتائج تؤيد ماقلناه: من أن المسألة ترجع إلى تفسير النصوص والاختلاف على فهمها، ولاترجع إلى أن الشريعة تميز فريقا على فريق .

٢٤٦ـ *مبدأ الشريعة فى سريان النصوص الجنائية على الأشخاص* :ـ ويتضح مما سبق أن نصوص الشريعة تسرى على كل الأشخاص، ولايعفى منها أى شخص مهما كان مركزه أو ماله أو جاهه أو صفاته، وأن الشريعة تطبق مبدأ المساواة إلى آخر حدوده ولاتسمح بتمييز شخص على شخص،أو هيئة على هيئة،أو فريق على فريق.

هذه هى نظرية المساواة فى الشريعة الإسلامية، وهذا هو تطبيقها فى سريان النصوص الجنائية. ولاشك فى أن الشريعة أجل من أن تقارن بالقوانين الوضعية فى هذا الوجه، فالقوانين على مااستحدث لها من نظريات لاتزال أدنى مستوى من الشريعة، ويستطيع كل منصف بعد هذه المقارنة التى عقدناها أن يقول : إن نظرية المساواة بلغت فى الشريعة درجة الكمال المطلق، ولكنها فى القانون لاتزال كالطفل الذى يحسن أن يحبو ولايستطيع أن يقف على قدميه .

[الصدر] تعليق "رقم-٤٠٩-": مر عليك سابقا النظر فى ذلك .

[الصدر] تعليق "رقم-٤١٠-": بناءً على إمكان أن يكون التعزير بقدر الحد وأقل وأكثر، وقد تقدم الكلام فى ذلك قريبا .

[الشاوى] رأينا على التعليقين-٤٠٩-، -٤١٠-": تراجع الحاشية .

245، 246 – المساواة فى الحقوق الإنسانية مبدأ أساسي :

إشارته إلى اختلافات الفقهاء بشأن تطبيق العقوبات توجب علينا أن نرجح الرأى الذى يسوى بين جميع البشر فيما يتعلق بالعقوبات سواء الحدود أوالتعازير، تطبيقا لمبدإ المساواة الإنسانية الذى ختم بحثه بتأكيد أن الشريعة تطبقه إلى آخر الحدود، وأنها لذلك بلغت درجة من الكمال المطلق، فلايجوز التفرقة بين الأفراد فى مقدارها بسبب انتمائهم للإسلام؛ فإن رسولنا (ﷺ) عندما اعترض البعض على وقوفه احتراما لجنازة يهودى، قال لهم "أليست نفسا"؟... ومعنى ذلك أن الحقوق الإنسانية مقررة للناس كافة بحكم إنسانيتهم ولها حرمة لجميع النفوس دون استثناء .

وما أورده من آراء ترجح التفرقة بين المسلم وغير المسلم فيما يتعلق ببعض الحدود أو القصاص – (القتل العمد – الزنا – القذف) فنحن نرجح الرأى – المنسوب لأبى حنيفة كما أشرنا من قبل، لأنه هو الذى يطبق مبدأ المساواة الإنسانية كما بينا من قبل .

ونؤيد فى النهاية ما قاله بنفى أى ادعاء بتمييز المسلم على غير المسلم فى العقوبات أو الحدود – ونرى أن هذا المبدأ يوجب استبعاد أى رأى يخل بالمساواة حتى ولو كان فقيهنا أو غيره من الفقهاء يرجحه .

كما نؤيد ما ختم به هذا الفصل قائلا إن الشريعة تطبق مبدأ المساواة إلى آخر مدى لها، وقوله إن نظرية المساواة بلغت فى شريعتنا درجة الكمال المطلق – ونتمنى أن يتخذه القارئ نبراسا وأساسا للترجيح بين آراء الفقهاء فى أى مسألة من مسائل التشريع الجنائى ...

ومن جانبنا فإننا نلتزم بذلك ... ولانرى داعيا للإفاضة فى الأسباب التى تتخذ أساسا للتفرقة .

على أننا نرجح فى كثير من الأحيان تضييق نطاق العقوبات المقررة حدّا أو قصاصا – ولذلك فإن القول بعدم توقيع القصاص أو الحد لأى سبب معقول يكون راجحا فى نظرنا حتى ولو كان استثناء على مبدإ المساواة.

بحث إضافى

للدكتور / توفيق الشاوى

الأصول الشرعية تلى المصادر فى الأهمية ودورها فى تجديد الفقه عموما والفقه الجنائى خاصة وأساسها عالمية الرسالة الخاتمة وشمولها

****

(فهرس)

1 ***الأصول الشرعية*** :

أ – إن علم أصول الفقه هو جزء لا يتجزأ من الفقه. وإذا كان قد ظهر متأخرا عن "علم الفروع"، فذلك لأن الفروع كانت فى بداية الأمر كافية لبدء الحركة الفقهية ونموها.

وقد ظهر علم أصول الفقه بعد ذلك بقصد إعطاء الفقه مرونة وحيوية واتساعا. وخاصة لاستنباط الأحكام التى لم يرد فيها نص .

ب وبرغم أن علم الأصول ظهر متأخرا، فإنها حسب اسمها هى "الأصول"، أى أنه لا يمكن تطبيق الأحكام الشرعية بدون الاستناد إلى "الأصول الشرعية" .

وهذا فى نظرنا لا يقتصر فقط على الأحكام الفرعية التى لم يرد بها نص صريح [وهى الأغلبية والأكثرية] إلا أن ذلك ينطبق قبل ذلك على الأحكام الفرعية التى ورد بها نص واضح وهى [قلة الأقلية] وإن بدا فى نظر البعض أنها مستقلة عن الأصول .

ج فى الحقيقة، فإن علم أصول الفقه طبق أولا على هذه الأحكام واستنبط من أجلها، ثم بعد ذلك لجأنا إليه لوضع شروط تطبيق النصوص الشرعية ولاستنباط الأحكام التى استحدثت دون أن يكون لها نص شرعى يرجع إليه، وهنا كان لا بد من التوسع فيها وتنميتها، فظهرت أهمية المقاصد الشرعية والمبادئ العامة والقواعد الفقهية .

الأصول تساعدنا فى استنباط الأحكام المستحدثة من النصوص والمبادئ الشرعية العامة التى ترشدنا إليها "الأحكام التكليفية" والمبادئ الدينية والأخلاقية والعقائد فوق كل ذلك.

د ولذلك فإن أحكام شريعتنا جميعها لا يمكن فصلها مطلقا عن مبادئ الأخلاق والقيم الدينية والعقيدية، وهذه من أهم الخصائص المميزة لفقهنا وشريعتنا بسبب مصادرها السماوية وطبيعتها الدينية .

* * *

2 *جميع الأحكام الفرعية ملتزمة بالأصول* الشرعية بما فيها أصول الفقه التى هى جزء منها :

أ الأصل فى نظرنا أن جميع الأحكام التفصيلية لا بد أن تكون محكومة بالمبادئ الأصولية الشرعية التى كانت بدايتها "علم أصول الفقه"، وهو ليس إلا مجرد بداية أدت إلى التعمق فى مقاصد الشريعة ومبادئها العامة .

ولذلك، فإنه لا يجوز أن يفهم أن أحكام الفروع مستقلة أو منفصلة عن الأصول الشرعية إذا كانت مفروضة بنص صريح فى الكتاب أو السنة الصحيحة، لأنه لا بد من استنباط شروط تطبيق كل حكم فرعى ورد به نص صريح واضح .

ب وإذا كان البعض يرجع إلى النصوص التى تقرر أحكاما فرعية مكتفيا بذلك، فقد كانت تلك مرحلة مؤقتة لا يمكن استمرارها بعد فتح باب علم الأصول. ولذلك رجع الفقهاء إلى أصول الفقه عندما اقتضت الظروف التوسع فى الأحكام الفرعية وخاصة فى المجالات التى لا توجد فيها نصوص خاصة بها .

ج فى حالة وجود نص يقرر حكما شرعيا، فإنه حتى فى هذه الحالة لا يمكن أن يطبق هذا النص دون الرجوع إلى أصول الفقه ومصادره العامة ومقاصد الشريعة ومبادئها التى تستمد منها أصول الشريعة ونظرياتها العامة التى تعين الفقهاء والأئمة على استنباط شروط تطبيق كل نص ولو كان واضحا وصريحا .

إن الرجوع إلى المصادر العامة كان هدف أصول الفقه، وهى الأحكام التى استنبطها الفقهاء لتحكم عملية استنباط الأحكام من النصوص الشرعية ولكنها لا تغنى عن "الأصول الشرعية" والنظريات العامة .

* * *

د النصـــوص الســـماوية التى تُستَمَد منها الأحكام الشرعية ليست هى فقط النصـــوص الـــتى تقرر حكما فرعيا، بل إن الأصول الشرعية والنظريات التشريعية تهيمن عليها .

فالأمـــر بجلد الزانى أو القاذف، أو قطع يد السارق، هى أحكام شرعية فرعية ورد بها نص صريح، لكن تطبيقها يكون فى إطار الأصول الشرعية بما فيها أصول الفقه .

وبرغم أن فقهاءنا طبقوا هذه النصوص تطبيقا مباشرا بحسبانها "نصا ملزما" فى الحكم واجـــب الاتـــباع، فـــإن الحقيقة أنه لا يجوز ولا يمكن تطبيقه إلا بالرجوع إلى المصدر الســـماوى عن طريق أحكام الأصول وقواعدها ومبادئها . فالأصول دائما تحكم الفروع حتى ولو بدا فى نظر البعض أنها كافية بذاتها وواضحة فى مفهومها .

إن أى اتجاه لفصل الأصول عن الفروع أو الفروع عن الأصول هو وهم خاطئ يجب اســـتبعاده تماما، وإن إعطاء الأصول اسم "علم الأصول" ليتميز عن "علم الفروع" هو مجـــرد عملية مدرسية قصد بها الإشارة إلى تأخر البحث فى علم الأصول إلى وقت متأخر نتـــيجة لنمو الفقه ذاته وتأصله لتكون أحكامه متصلة دائما بالمصادر الشرعية، ولا يكون ذلك إلا عن طريق أصول الفقه والأصول الشرعية والنظريات التشريعية .

* * *

3 *عبد القادر عوده سماها "نظريات شرعية"* ونحن نَعُدّها "أصول الشريعة" :

لقــد ظهــر فى بعض المجلات العلمية حوار جاد وجدال حول موضوع تجديد "علم أصول الفقه" .

ولى فى ذلك كلمة لا بد من أن أسجلها .

إن تجديــد أصــول الفقه وتوسيعها قد بدأ فعلا منذ بدأت النهضة الفقهية فى العصر الحديث .

وفى رأيى أن عــبد القادر عوده قد فتح بابا واسعا من أبواب تجديد الأصول وتوسيع نطاقها والاجتهاد فى إطارها بما كتبه عن النظريات التشريعية .

والصــحيح أنــه التزم فى كتابه بالاصطلاحات العصرية، ولذلك سمَّى هذه الأصول الشــرعية "نظريات شرعية" . وأورد نماذج من هذه "النظريات" فى التمهيد لدراسته فى كتاب التشريع الجنائى .

وقد أشرت فى حاشيتى إلى أننى أوافق على استعمال المصطلحات العصرية (الوضعية) فى المرحلة الانتقالية الحاضرة من القوانين الوضعية إلى الفقه الإسلامى الذى أُصِرُّ على أن يكون مستقلا ومتميزا عن النظم الحالية الوضعية، وإذا كان لا بد من الاندماج فإن فقهنا هو الذى يستوعبها وليست هى التى تذيبه وتدخله فى نطاقها .

ولذلك حذرت من المغالاة فى استعمال هذه المصطلحات العصرية . والآن أعلن أننى أفضل تسمية هذه " النظريات الشرعية " بأنها "الأصول الشرعية" .

وبذلــك تكــون هذه الأصول هى صورة أخرى مكملة لعلم أصول الفقه، بل إننى أعتقد أنها هى الأصل وأن أصول الفقه هى التى تُضَمّ إليها .

فــلا يجــوز فى نظــرى مطلقا الفصل بين ما عرفه أسلافنا بأنه أصول الفقه عن هذه الأصول الشرعية، لأن هذه الأصول أو النظريات هى الحاكمة على علم الأصول وعلم الفروع معا، وهى الجامعة بينهما .

* * *

4 التدرج يبدأ بالعقائد أولا ثم الأصول ثم الفروع :

إن شـــريعتنا تـــتميز بكمالها، وهذا الكمال ناتج عن أنها لا تفصل بين العقائد والقيم الأخلاقية والأصول الشرعية للفقه (بما فيها علم الأصول) والأحكام الفرعية بعد ذلك .

إننا لا نقبل مطلقا فصل أى علم من هذه العلوم عن الآخر ولا استقلاله عنه. وفضلا عن ذلك، فهناك تدرج تنازلى فى ترتيبها .

أ فالأصـــل الأصيل هو العقيدة والمبادئ الدينية التى نَعُدُّها نحن أصولا شرعية لجميع فروع الفقه، ولا يمكن تطبيق أو استنباط أحكام الفقه إلا فى إطارها وعلى أساسها .

ب أهـــم من ذلك أن هذا المبدأ التدرجي يشمل أيضا الأحكام الفرعية المنصوص عـــليها صـــراحة فى الكتاب أو السنة الصحيحة. ووجود النص ووضوحه لا يبرر مطلقا تجاهل ما تقضى به ما سماه فقيدنا " النظريات الشرعية " التى نسميها نحن أصولا شرعية .

ج فالأصـــول الشـــرعية (الـــتى تشـــمل المبادئ العامة والقيم الأساسية الدينية والأخلاقيـــة) تـــأتى مباشرة فى الترتيب بعد العقائد، ولذلك تحكم كل ما هو دونها من فروع الفقه والأحكام التفصيلية وهيمن عليه ولا يمكن ولا يجوز أن تطبق منفصلة عنها .

هذا هو الترتيب الذى نراه وننبه إليه. وأهم منه وجوب التلازم وعدم الانفصال بين جميع هذه الطبقات الثلاث وعدم فصل أحدها عن الآخر، لأن هذا الفصل مهما تكن أسبابه فقد يؤدى إلى ما يحذر منه فقهاؤنا وما يؤكدونه دائما من استقرار أئمتنا عـــلى إدانة الذين يؤمنون ببعض الكتاب ويكفرون بالآخر. فالكتاب والشريعة كلها وحدة واحدة، وكل ما يقال عن تقسيمات وتفريعات داخلية إنما هى عملية مدرسية لتسهيل البحث والحوار.

فى حاشيتنا قلنا إن بحث مصادر التشريع يدخل فى نطاق علم الأصول، ومع ذلك فقد توسع فقيهنا فيه ولم نشأ التوسع فى عرض رأينا فى ذلك الموضع، وقصدنا من ذلك تحديد نطاق البحث فى دراسة الأحكام الجنائية تسهيلا لمهمة الباحث .

– والآن لا بد أن نذكر القارئ بوجهة نظرنا فيما يتعلق بالأصول الشرعية وعلاقتها بأصـــول الفقه وعلاقتهما معا بالمصادر الشرعية فى القمة وبالأحكام الشرعية الفرعية التى تستنبط من خلالها بعد ذلك .

– إن شريعتنا تتميز بأنها علم وفقه، وليست مجرد نصوص كالقوانين الوضعية .

* * *

5 تشريعنا علم وفقه وليس قانونا :

– لقــد أعجــبنى أن عبد القادر عوده قد اختار لعنوان كتابه اسم التشريع الجنائى الإسلامى، فلم يستعمل كلمة القانون الجنائى .

– وأنا أَعُدُّ ذلك لمحة عبقرية .

– وعلى كل، فإننى فضلت عنوان "الفقه الجنائى" .

– إنــنى أكدت فيما مضى مرارا على أن شريعتنا لا يجوز وصفها بأنها قانون – كما يصــفها بعــض المستشرقين وتلاميذهم وكثير من المعاصرين لمجرد أنها فى نظرهم هى البديل الإسلامى لقوانينهم .

– صحيح أنها بديل فى نظرنا، ولكنها بديل جوهرى متميز يختلف فى طبيعته وجوهره عن "القوانين" من أى نوع كان .

– لذلــك أحســن عــبد القادر عوده بأن استعمل كلمة تشريع ولم يستعمل كلمة القانون.

– وقــد قلت أكثر من ذلك: إن التشريع الذى نطبقه ونقننه هو "فقه"، وكلمة فقه تعــنى العلم، لكنه فى نظرنا علم ينبع ويستمد خصائصه وحيويته من العقيدة السمحاء، عقيــدة التوحيد والحساب فى اليوم الآخر، ولها أهميتها فى تميز فقهنا الجنائى عن القوانين الوضعية .

– إن مــن أهم عقائد الإسلام عقيدة البعث والنشور والحساب أمام الله يوم القيامة. ويكفى مراجعة آيات الكتاب الكريم لتعلم أن الإيمان بالله متلازم مع الإيمان باليوم الآخر (سورة البقرة وما بعدها) ...

* * *

6 تشريعنا الجنائى محوره الحساب والجزاء العادل والكامل فى الآخرة .

– فى نظرى أن عقيدة البعث والنشور والحساب يوم القيامة هى جوهر التشريع الجنائى الإسلامى، ودراسته ونظمه وأحكامه ومبادئه وأصوله (وفلسفته كما يقولون) كلها نابعة ومحكومة بهذه العقيدة وهذا الإيمان بالله واليوم الآخر .

– وتشريعنا وفقهنا فى جميع فروعه – محوره هذه العقيدة. وهذا أظهر وألزم وأوضح فى الفقه الجنائى أكثر من غيره من فروع الفقه .

– وهذا هو ما يميزه عن "القوانين" التى تعرفها الحضارات الأخرى، أو الديانات الأخرى .

– وهنا يجب أن نشير إلى أن من أهم أصول عقيدتنا وشريعتنا وحدة الدين السماوى، وأن رسالة نبينا محمد صلى الله عليه وسلم هى الخاتمة، ولكل من هذين المبدأين أهميته فى فقهنا.

* * *

7 *وحدة الدين السماوى وختم الرسالة من أهم عقائدنا وأصول شريعتنا :*

صحيح أن دين الله الذى جاء به جميع الرسل واحد هو الإسلام لله والإيمان به، لكن رسالة الإسلام تميزت بأنها خاتم الرسالات .

ومعـــنى ذلـــك أن الله جعلها بداية مرحلة إنسانية جديدة ينقطع فيها الوحى، وتلتزم الإنسانية بأن تطبق شريعتها بحسب ما يصل له اجتهادها وإجماعها من "فقه" دون اتصال بخبر السماء أو الوحى، ودون حاجة لرسل آخرين ...

ثم إن كلمة فقه تعنى احتمال الصواب أو الخطإ .

ولذلـــك، فإن التعدد تعدد الآراء والمذاهب – مرتبط بحقيقة الفقه الذى شرعه الله لـــنا. فبقدر ما نؤكد على وحدة الشريعة الكاملة المتكاملة لا بد أن نذكر أنه يقابلها فى شريعتنا التعدد فى الفقه: مذاهبه وآرائه، بل وأحكامه أيضا .

فالأحكام ليست واحدة، بل متنوعة ومختلفة، وكلها صحيحة طالما أنها كلها مستنبطة من المصادر الشرعية والأصول الشرعية .

ولا تعـــارض فى شـــريعتنا بين تعدد الأحكام واختلافها، وبين وحدة الدين والعقيدة والشريعة الكاملة المتكاملة الخاتمة .

* * *

إن وحـــدة الديـــن السماوى أمر أساسى فى عقيدتنا، وقد أكدها القرآن فى مواضع عديدة، وأمرنا بأن نعلن إيماننا بما جاء به الرسل جميعا دون تمييز بينهم .

لكن تعدد الرسالات كان له فى نظرى سبب قدره الله، وهو فى رأيى اتجاهها جميعا إلى التدرج وإعداد الإنسانية للرسالة الخاتمة .

صـــحيح أن الديـــن عـــند الله الإسلام منذ عهد آدم ونوح ومن بعدهم من الرسل والأنـــبياء، لكن الإسلام الواحد كان ينمو ويتقدم فى طبيعته وأحكامه لحكمة قدرها الله وأرادها .

وواجبنا أن نبحث ونعرف ما يميز كلا من هذه الرسالات، وأهم من ذلك ما تمتاز به الرسالة الخاتمة عن سابقاها .

<u>ولى رأى فى ذلك أحب أن أعرضه .</u>

ليـــس الأمـــر مجـــرد تكرار، بل كان هناك تدرّجٌ وتجديد وتصحيح للانحرافات التى يُدْخلها بعض الأقوام فى دينهم، وتقدُّم الرسالة نحو الخاتمة التى أعد الله عالمنا لها. ولذلك، فإن كثيرا من معتنقى الرسالات السابقة سارعوا إلى الإيمان بها لأنها فى نظرهم هدهم إلى أن يطهروا دياناهم من كثير من الانحرافات التى أدخلت على عقائدها وتعاليمها، وهؤلاء هم الذين يسمون الآن مسلمين، وهم المسيحيون واليهود الحقيقيون الذين آمنوا بالرسالة الخاتمة .

لقد كان إيماهم نتيجة اقتناع حر بعد أن قرر الإسلام مبدأ ألا إكراه فى الدين . وكان إســـلامهم نتـــيجة هذا المبدإ . لذلك بقى المجتمع الإسلامى مدة طويلة يضم أغلبية من أصحاب الديانات السابقة الذين أسلموا تدريجيا وبحرية كاملة بعد أن ضمن لهم الإسلام بقـــاءهم على عقائد لا تقرها الرسالة الخاتمة، وحماهم من الإكراه فى الدين. لذلك، فإن الأغلبية غير المسلمة تناقصت بسبب اعتناق كثير من أصحاب الديانات السابقة للإسلام بحرية واقتناع، لا بالسيف كما يدعى أعداؤنا .

* * *

بعد مدة بقي من غير المسلمين أقليات من أتباع الديانات السابقة تعيش فى حرية دينية كاملة، ولكنهم اتجهوا إلى مواصلة صراعاتهم الداخلية حتى زاد عدد هذه الطوائف وزادت الخلافات بينها فى منطقتنا بصورة لا مثيل لها فى أى مجتمع آخر .

ومما يؤسف له أن الغزاة المستعمرين عندما تغلبوا على بعض أوطاننا، استغلوا بعض أتباع تلك الطوائف لينحازوا إليهم ويخونوا الأمة التى أمنتهم ومنحتهم حرية دينية لم يجدوها فى أى مجتمع آخر. وقد عيرنا بعض المعتدين على بلادنا، وما زالوا حتى الآن يعيروننا بأن مجتمعنا متعدد الطوائف، وأنه فسيفساء أو "موزاييك" من الطوائف، ويعيبون علينا أننا لم نطهره من الأقليات المتعددة المختلفة كما تفعل بعض مجتمعاتهم التى تسير على إبادة الأقليات رافعة شعار "التطهير العرقى" الذى ما زالت الإنسانية تقاومه حتى الآن .

وإذا كانت الدول الديمقراطية تعلن رفضها للتطهير العرقى الذى تتخذه بعض النظم شعارا لإبادة الشعوب أو الأقليات التى تريد الاستيلاء على أرضها، فسبب ذلك الرفض أنهم يريدون أن تكون الإبادة سلاحا يحتكره ويَختَصُّ به حلفاؤهم الصهاينة والإسرائيليون الذين تقوم حركتهم على الإبادة الشعبية لعرب فلسطين، ولا يريدون أن تتمتع بهذا الامتياز دول حليفة لروسيا .

ومن ناحية أخرى، فإن رفضهم للتطهير العرقى فى بعض المناطق دون غيرها سببه أيضا أنهم يبيحون للقوى الاستعمارية ممارسة سياسة "التطهير الدينى" ضد المسلمين عن طريق فرض حكام مستبدين أو عسكريين يفرضون عليهم ما يسمونه العلمانية وفصل الدين عن الدولة، ويظنون أنهم نجحوا فى ذلك فى تركيا وأنهم فى الطريق إلى النجاح فى أقطار أخرى مجاورة لتركيا أو بعيدة عنها، وهم بذلك يطبقون خططهم لما يسمونه التطهير الدينى وإن كانوا ينضمون إلى من يعارضون التطهير العرقى فى بعض المناطق، برغم أنهم يشجعونه ويؤيدونه فى فلسطين ....

* * *

8 *أولى خصائص الرسالة الخاتمة* أنها عالمية وشاملة لأمور الدنيا والآخرة :

مـــن المعروف فى فقهنا أن أولى خصائص الرسالة الخاتمة أنها للناس كافة، وهذا مبدأ أساسى يميزها عن الرسالات السابقة .

فالرســـل السابقون كانوا يَدْعون "قومهم"، وقد تكررت فى القرآن الإشارة إلى قوم كل رسول ممن حدثنا عنهم القرآن .

أهم من ذلك أن شريعتنا تتميز بالعموم والشمول، فهى لا تكتفى بالعقيدة الإلهية، ولا بأحكـــام تفصـــيلية معينة محدودة يفرضها الله على قوم معينين حسبما تستلزمها ظروف زمانهم ومكانهم كما كان الشأن فى الرسالات السابقة .

بـــل إن شريعتنا تعنى أولا بتقرير المبادئ والأصول الشرعية الشاملة لكل فروع الفقه وأحكامه .

من أجل ذلك كانت "خاتمة" .

وقـــد قرأت كتابا أو فصلا للشاعر إقبال عن مبدإ ختم الرسالة فى الإسلام أتمنى أن أعيد قراءته .

* * *

9 أهمية ختم الرسالة عند الشاعر إقبال :

لا شـــك فى أن مسلمى الهند وباكستان كان لديهم اعتبارات عملية وواقعية جعلتهم يقدرون أهمية ختم الرسالة ويعتزون بهذا المبدإ .

ذلك أن الهند ورثت تركة كبيرة من الأديان والفلسفات واللغات والمذاهب المختلفة المتناقضـــة، وما زالوا سائرين فى هذا الاتجاه، حتى إن كل من يدعى كذبا النبوة، أو حتى الألوهيـــة يجد له جمهورا يسير وراءه، مما ترتب عليه تعدد الطوائف بل وتصارعها وتمزيق وحدة شعوبها .

وقـــد حاول الاستعمار استغلال هذه العنصريات الطائفية، فاستعمل بعض الكاذبين لادعـــاء النـــبوة، وأصبحوا حلفاء للاحتلال البريطانى الذى يغدق عليهم الحماية والمال بصـــورة مفزعة، وحاول إدخالهم فى نطاق الأمة الإسلامية لتمزيقها، وما زال يسير على هذه الطريقة برغم المقاومة العنيفة من جماهير المسلمين، الذين كان سلاحهم هو مبدأ ختم الرسالة الذى يسد الباب أمام الكذابين مدعى النبوة أو الألوهية، وكل ما يطلبونه ألا يُعَدّ هـــؤلاء جـــزءا من أمة الإسلام. ومع ذلك، تستعمل القوى الأجنبية كل نفوذها ومالها ليفرضوهم على أمة الإسلام، وبخاصة منهم "القاديانية" و "البهائية" و "البابية"، وأكثرهم مضللون ومخدوعون، ولكن قادتهم يعملون لصالح أعداء الإسلام ولصالح من يشجعونهم ويزودونهم بالحماية والمال .

فلا غرو إذن أن يهتم شاعرنا إقبال بمبدإ ختم الرسالة والجميع يؤيدونه فى ذلك .

* * *

10 ختم الرسالة معناه أن الإنسانية أعدت لتبلغ رشدها :

مـــا يعنيـــنا نحـــن هو الجانب الموضوعي فى هذا المبدإ، ومعناه أن الله سبحانه قد أعد الإنســـانية لتبلغ رشدها، وتطهر معتقداها مما أدخل عليها من انحرافات، وتسير فى حياها عـــلى هـــدى الرسالة الخاتمة معتمدة على اجتهاداها وإجماعها وفقهها وتجارها وتقدمها الفكرى والعلمى فى كل فروع العلم والمعرفة وعمارة الأرض .

ونحـــن نستعمل كلمة الفقه دائما عندما ندرس الأحكام حتى لا ننسى مبدأ الاجتهاد والـــتعدد وشرعية اختلاف الأحكام وتنوعها وعدم اختصاص أى مذهب بالصواب دون غيره لأنه اجتهاد ....

إن تشريع الاجتهاد والإجماع كمصدر من مصادر الفقه هو من أهم خصائص شريعتنا وهـــو تأكيد لأن الله سبحانه قد أعد الإنسانية لتبلغ رشدها وتسير على هدى الرسالة الخاتمة العالمية الشاملة لأمور الدنيا والآخرة .

* * *

شمـــول الشـــريعة ووحدتها وعمومها ميز عقيدتنا بعدم الفصل بين الأحكام "الدينية" والأحكام الدنيوية الذى ساد فى عهد الرسالات السابقة .

فالرســـل الســـابقون كانوا يهدون قومهم لعقيدة التوحيد، وكثير منهم كان يعلن أنه يترك الأحكام الدنيوية للسلاطين الذين يفرضون سلطتهم على الناس .

وأحسن مثال لذلك قول المسيح عليه السلام : "دع ما لقيصر لقيصر وما لله لله" .

وكثير من المنتمين إليه (عليه السلام) ما زالوا يسيرون على هذا المبدإ، ويَعُدُّونه نهائيا، فى حـــين أنه كان فى نظرنا مرحليا، وهم يقاومون بشدة وعنف إدخال "الدين" فى شئون الدنيـــا – وبخاصة شئون السلطة والحكم والسياسة وهذا ما يريده الطغاة المسيطرون المستبدون الذين لا يريدون أن يحاسبهم الناس بقيم الدين ومبادئه بل وأخلاقه .

* * *

11 فصل الدين عن الدولة تحريف فى عقيدتنا، وليس مجرد موقف سياسى:

بعض نصارى اليوم وتلاميذهم يريدون أن يفرضوا علينا ما يسمونه الفصل بين الدين والدولـــة، وأن نحـــبس دينـــنا فى المساجد والمصاحف ولا نقحمه فى شئون السلطة التى يريدون أن يحتكرها أصحاب السلطة والسلاح والمال ومظاهر القوة والعنف ...

لكن عقيدتنا تأبى ذلك .

فالمعركة متصلة بالعقيدة وليست مجرد رأى أو حزب أو مذهب أو موقف سياسى .

وعليـــنا أن نصمد ونصبر ونصابر ولا نتخلى عن عقائدنا لأن عقيدة التوحيد تفرض الوحـــدة بين شئون ديننا ودنيانا، وتحرِّم علينا أن نؤمن ببعض الكتاب ونترك بعضه الآخر إرضاء لأصحاب السلطان .

الوحدة إذن معناها ألا نفرق بين أمور ديننا ودنيانا .

ولا بين عقيدتنا وشريعتنا .

ولا بين الأصول والفروع فى فقهنا .

ولا بين المبادئ والقيم والخلق وبين الأحكام التفصيلية فى شريعتنا وفقهنا .

* * *

12 تشريعنا الجنائى هدفه التوبة لا العقوبات :

ثم إن وحدة شريعتنا لها نتيجة مهمة فى تشريعنا الجنائى .

فقـــد قلنا إنه ليس "قانون عقوبات" كما هو الشأن فى "القوانين الوضعية" التى تقرر عقوبات قضائية دنيوية .

ذلـــك أن أول ما تقرره شريعتنا هو الجزاء والحساب فى يوم النشور، وهذا هو العدل المطلق الكامل الذى نؤمن به .

أما عدل القضاء وأحكامه فهو مقرر لهدف آخر، هو إلزام المخطئ بالتوبة والاستغفار والعـــدول عـــن الانحراف والاستقامة فى المستقبل، وهذا هدف تربوى وإصلاحى وليس مجرد عقاب.

عـــندما يتحقق غرض التوبة، فإن الحساب عما وقع قبلها يرجع إلى الله سبحانه يوم القيامة. وقد أكد القرآن الكريم مرارا على أن الله يقبل التوبة عن عباده ويعفو ويغفر، بل زاد فبشرنا بأن الله يمحو هذه السيئات بل يحولها إلى حسنات !

فـــإذا كان لا بد من وصف لأحكامنا الجنائية القضائية بأنها قانون، فإنها قانون للتوبة وليست قانونا للعقوبات ....

* * *

هـــذا هو ردنا على من يتطاولون على تشريعنا الجنائى، وبخاصة ما يسمونه عقوبات بدنية فى الحدود والعقوبات المقدرة التى يصفها البعض بأنها قاسية .

يجـــب أن يعـــلموا أنها جزاءات "تهديدية" و "تخويفية" قصد بها ردع الجانى المنحرف وإلزامه بأن يتوب ويعود إلى الاستقامة حتى يعفى منها .

إنـــنى معجـــب بما ذهب إليه إمامنا ابن تيمية من أن التوبة تسقط عقوبة الحد، بل إن مجرد الاعتراف بالذنب هو فى نظره توبة يترتب عليها سقوط الحد .

وفى نظرنا أنه يسقط أيضا التعزير العقابى كما بيناه فى حاشيتنا .

ولا يـــبقى أمـــام قضائنا إلا التعزيز التهذيبى والتربوى الوقائى الذى قلنا إنه لا يجوز وصفه بأنه عقوبة، بل هو تربية وتهذيب وإصلاح نفسى ودينى واجتماعى بحت .

* * *

والـــتخويف والتهديد لا يقتصران، على العقوبات الدنيوية القضائية، بل إن أول ما يؤمن به الإنسان المسلم هو الجزاء الأخروى والجنة والنار .

والذين لا يؤمنون بالله واليوم الآخر لا يعترفون بالجنة والنار، ويَعُدُّونها مجرد تخويف.

ونحـــن نقول إن الأمر كله لله، فى الدنيا والآخرة ... وهو الذى يحاسبنا ويحكم علينا يوم القيامة، وحكمه هو العدل كله والرحمة كلها ...

هو الرحمن الرحيم كما نخاطبه كل يوم وكل ساعة بشرط أن نسلم له ونلتزم بأوامره ونواهيه وأن يتوب المخطئ ويرجع إلى الصراط المستقيم ....

فهـــدف شريعتنا هو إلزام الإنسان بالعودة إلى الطريق المستقيم بالتوبة. أما ما وقع منه من قبل، فإن الله وعده بأن يمحوه، بل يبدله حسنات بقدر ما ينفذ توبته بالرجوع إلى الله وإلى طريق الصلاح والاستقامة ....

* * *

إنـــه ســـبحانه خلق الإنسان ليختار بين طريق الخير وطريق الشر وليرجع إلى الطريق المســـتقيم كلما انحرفت به نزواته وشهواته وشيطانه ويتوب عن خطئه ويستغفر الله الذى وعدنا بالقبول .

فى حالة الانحراف تواصل شريعتنا الإصلاح عن طريق التوبة والاستغفار .

أمـــا الجـــزاءات الدنيوية بل والأخروية، فإنها فى نظرنا كلها مقررة لتخويفه وإلزامه بالتوبة فهى فى نظرنا أحكام تهديدية .

وشـــريعتنا تبدأ بالتخويف سواء بالجزاءات الدنيوية أو الأخروية التى أفاض القرآن فى عرضـــها علينـــا وصـــور لـــنا الجحيم بصورة مفزعة مرعبة تجعل فرائص المؤمن ترتعد لسماعها، ويخشى الله ويرجع إليه . ولذلك فإن التقوى هى أولى صفات المؤمن .

لقـــد أضاف للتخويف الوعد بالنعيم المقيم فى الجنة التى أفاض كتابنا الكريم فى عرض محاسنها ومغرياتها وعرض على الإنسان كل ما يشتهيه فى الدنيا على أنه سيجد أكثر منه فى الجنة لأن فيها ما لا عين رأت ولا أذن سمعت ولا خطر على قلب بشر .

وكثيرون يتأثرون بهذا النعيم المقيم ويعملون له أكثر مما يتأثرون بالتخويف بالجحيم فى الآخرة والجزاء القضائى فى الدنيا .

من أجل ذلك نرى أن شريعتنا يجب أن تؤخذ كاملة متكاملة، وخطأ كبير هو وصفها بأنها قانون عقوبات، أو قياسها على القوانين الجنائية .

* * *

13 تشريع التوبة أغنانا عن الجدل حول الجبر وحرية الاختيار :

لحكمة إلهية شرع الله الجزاء الدنيوى (العقوبة الجنائية) والجزاء الأخروى الأشد وأبقى. ثم شرع التوبة والاستغفار والعفو والمغفرة والرحمة والقبول بدلا من هذه الجزاءات القضائية.

ولحكمة إلهية جعل الله جميع العقوبات والجزاءات الدنيوية مجرد تهديد فى نظرنا، يستغنى عنها كلما عدل المذنب عن طريق الانحراف وأعلن نية صادقة فى استئناف طريق الاستقامة والصواب فى المستقبل، ووعد سبحانه بأن يمحو السيئات التى وقعت من قبل، بل وقد يحولها إلى حسنات ...

فما هى هذه الحكمة ؟ ....

إنه سبحانه أراد أن يعفينا من الجدل الحاد بين فلاسفة الجبر الذين يقولون إن المجتمع وظروف الجانى الخلقية والفطرية هى التى أوصلته لهذا الانحراف؛ فهو إذن غير مسئول.

لكن جمهور الفلاسفة والمفكرين يرون أن تقرير مسئولية الفرد جنائيا ومدنيا عن أعماله الاختيارية مبدأ ضروري لكى تستطيع الجماعة تقويم المنحرفين ومقاومة الانحرافات .

وشريعتنا قد رسمت لنا طريقا وسطا يحقق أهداف الطرفين، لكى نترك موضوع المسئولية وحرية الاختيار له سبحانه وهو أعلم به ....

إن الله سبحانه هو الذى أوجد العوامل المتعددة التى أدت إلى وقوع الجريمة واختيار الفرد أحد هذه العوامل وإلى جانبه عوامل أخرى مثل الوراثة والتكوين الخلقى والبيئة والظروف الاجتماعية التى لها دورها، لكن الله سبحانه هو الذى يقدر نسبة مساهمة الإرادة الفردية فى هذا الانحراف، وعلينا أن نترك له تقديره ويكفينا التوبة والاستغفار .

* * *

إن شريعتنا لا تأخذ بنظرية الجبر أو الاختيار بصفة مطلقة كما يرى بعض الفلاسفة لكنها شرعت لنا التوبة لتكون بديلا عن العقاب والجزاء. فهى شريعة التوبة. وهذا يميزها فى نظرنا عما يسمونه قانون العقوبات .

موضوع التوبة فى نظرنا هو جوهر تشريعنا الجنائى؛ فكل أحكامه تدفعنا إليها .

وهى أصلح للمجتمع والبشرية من كل عقاب .

إنــنى أرجو أن يتولى أحد الباحثين الشبان أن يعد رسالة عن "التوبة كهدف لتشريعنا الجنائى" .

وأدعـــو الأساتذة الذين يتولون تدريس هذه المادة أن يلفتوا نظر تلاميذهم إلى أن تشـــريعنا الجنائى هو تشريع للتوبة والإصلاح، وأنه ليس قانون عقوبات كما يصفه البعض.

* * *

إن الرســـالة الخاتمة تتميز عما سبقها بأنها موجهة للبشرية كلها وليست خاصة بقوم معينين .

صـــحيح أن الإنسانية تضم أمما مختلفة المذاهب والعقائد، ولكن العلاقات البشرية بين الأمـــم والأفـــراد كفيلة بتحقيق قدر كاف من المستوى الحضارى الذى يتناسب مع ما وصلت إليه الإنسانية من تقدم .

انطلاقـــا مـــن هذه الرسالة الخاتمة تسير الإنسانية نحو العالمية، وكثيرا ما أكد علماؤنا وأئمتنا على عالمية الإسلام .

إذا كـــنا نسمع اليوم من يتحدثون عن نظام عالمى فلا شك فى أن الإسلام قد سبقهم إلى ذلـــك. وكثير منهم لا يهمهم من هذا النظام العالمى إلا ما يستطيعون أن يفرضوا به سيطرهم أو يحمون ما يسمونه "مصالحهم القومية" .

إن القوميـــة والمصـــالح القوميـــة لا يجوز نسبتها إلى العالمية . والإسلام كان من أول أهدافه مقاومة العنصريات والقوميات التى تفرق بين الأمم وتسىء العلاقات بينها وتخلق صراعات لا تنتهى .

* * *

* * *

14 ـ احتفالنا بختم الرسالة :

فى نظـــرنا أنه لا يجوز أن نقف عند الأثر السلبى لختم الرسالة الذى يسد الباب أمام كـــل من يدَّعى النبوة والألوهية ويحمى الإنسانية من حركات الدجالين والأفاقين الذين يدَّعـــون النـــبوة أو يتكلمون باسم السماء ويوهمون الناس بأنهم يعبرون عن إرادة الله أو يشرعون بوحى منه .

كل هذا مؤكد، وهذا فضل كبير للرسالة الخاتمة .

لكـــن الفضل الأكبر هو أنها شهادة من الله سبحانه وتعالى بأن الإنسانية أعدت لكى تبـــلغ رشدها وأنها تستطيع انطلاقا من هذه العقيدة الإلهية والشريعة السماوية أن تتوسع فى آفـــاق المعـــرفة وتـــتفقه فى هذا الدين بالاجتهاد والإجماع والتجديد كى تستنبط منه الأحكـــام اللازمة لبناء حضارة إنسانية كاملة لكل أنواع المعرفة وفروع العلم التجريبى الـــذى تـــبنى بها حضارة جديدة يساهم فيها الناس جميعا برغم اختلاف مذاهبهم وأممهم وأعراقهم ....

إن عالميـــة الرسالة الخاتمة ووحدة الرسالات السماوية تغنينا عما يسمونه الآن حوارا بـــين الديانات، وهنا نقر ما يقوله كثير من علمائنا وخصوصا الوهابيين من أن هذه التسمية لا محل لها وما يريدونه هو حوار بين الأمم، لأن الدين واحد وهو الرسالة الخاتمة.

* * *

لقد تابعت احتفالات بعض وسائل الإعلام بذكرى المولد النبوى الشريف، ولاحظت أن كثيرين من المتحدثين يبالغون فى ذكر مناقب رسولنا الكريم، ويصلون فى ذلك الغلو إلى الحد الذى لا يقره الإسلام ولا الرسول (ﷺ) نفسه .

وقد عشت مدة طويلة فى المملكة العربية السعودية، وأعجبنى إصرار علمائها على أن هذا الاحتفال بالمولد النبوى بدعة لا أصل لها فى ديننا، ولم يقرها رسولنا الكريم .

وأعتقد أنهم إذا كانوا يستنكرون مجرد الاحتفال بالمولد، فذلك لأنه يؤدى إلى الغلو فى تقديس شخص الرسول الكريم، وهذا يفتح الباب لتقديس غيره من البشر .

وأنا أعتقد أن الفضائل التى أسبغتها العناية الإلهية على رسولنا الكريم لم يقصد بها شخصه، وإنما قصد بها تأهيله لحمل الرسالة الخاتمة العالمية والشاملة التى جعلها الله سبحانه خاتمة الرسالات السماوية وقمة التدرج فى النبوات .

ولذلك، فإن الذين يحتفلون بمولده (ﷺ) أجدر بهم أن يحتفلوا بختم الرسالات وبدء عهد جديد للبشرية بعد أن أعدها الله لكى تواصل تقدمها ونموها اعتمادا على أصول هذه الرسالة الخاتمة، وعلى ما قررته من إعطاء البشر دورا فى استنباط الأحكام عن طريق الاجتهاد والإجماع فى مجال التشريع والعلم التجريبى فى نطاق جميع فروع المعرفة الإنسانية، لكى تبلغ أقصى مدى أراده الله لها فى عمارة الأرض التى استخلفها الله فيها .

وبهذا نتفادى انتقادات الذين يدينون بدعة المولد. ولا أعتقد أنهم ينكرون علينا الاحتفال بمولد هذه الرسالة الخاتمة التى أعد الله سبحانه رسولنا لتبليغها، وأعد أمته لتحمل أمانة هذا التبليغ لتكون شاهدة على الناس كما كان الرسول شهيدا علينا .

كثيرون ممن يتنافسون فى الغلو فى مدائح الرسول الكريم هم ممن يمارسون النفاق لذوى السلطان والنفوذ، ويسبغون على بعضهم أوصافا تحيطهم بهالة من البطولة والعبقرية التى يبررون بها طغيانهم أو استبدادهم . هذا الصنف من محترفى النفاق ينتهزون كل فرصة ليزاحموا غيرهم فى نسبة أوصاف ومناقب للرسول الكريم كأنهم يتخذون ذلك ليسوّغوا به ما يمارسونه يوميا من أساليب النفاق لتضخيم صورة غيره من البشر، ناسين ما قاله رسول جيش المسلمين لقائد جيش الفرس: "إننا جئنا ندعو الناس لعبادة الله الواحد القهار بدلا من عبادة البشر التى يمارسها الأذلاء المستعبَدون المستسلمون لطغيان سادهم وحكامهم .." .

* * *

وليـــس الـــنفاق وحده هو الذى يروج سوقه فى الموالد. بل إننى زدت اقتناعا بموقف الفقه الوهابى الذى يَعُدُّها بدعة دخيلة على الإسلام تشوه صورة جماهيره وتقدم لها فرصة لإحيـــاء تقـــاليد جاهلية سابقة على الإسلام. وزاد يقينى بذلك عندما زرت بلاد إفريقية الشـــمالية ووجدت أنهم وكثيرين غيرهم لا يكتفون بالاحتفال بالمولد النبوى وعَدِّه أكبر مناسبة للتجمعات الشعبية، بل إنهم يجعلون لكل "شيخ" مولدا فى موطنه. ولا يقف الأمر عند المشايخ الحقيقيين، بل إنه حدث كثيرا أن شملت الموالد شيوخا زائفين أو دجالين لأن كـــل قـــرية وكـــل تجمع سكانى يعتقد أنه لا بد له من شيخ يحتفل بمولده ويبرز فى هذا الاحتفال كل ما لديه من مظاهر الابتهاج والاعتزاز .

إن الابـــتهاج والاعتزاز فى نظرنا يجب أن يكون لهذه الرسالة الإلهية خاتمة الرسالات، لأنهـــا هـــى المؤذنة برشد الإنسانية وانطلاقها فى مجالى الحضارة والتقدم، معتزة بقيم هذه الرســـالة وعقائدها، ومنكرة لكل ما يخالفها من رواسب التاريخ الماضى، تاريخ الجاهلية والانحرافات التى جاء الإسلام للقضاء عليها فى جميع صورها ونواحيها. وإذا كان رسولنا الكـــريم هو الذى أعده الله تعالى لحمل هذه الرسالة وليشهد علينا بما أبلغه لنا من أصولها وأحكامهـــا، فإن تكريمه يكون بالاحتفال بالرسالة، ويكون الاحتفال بالرسالة الخاتمة بدلا مـــن الغلو فى المدح لشخصه، لأنه يشجع العامة على ممارسة المدح لغيره من المسيطرين والمتزعمين .

وقد سمعت فى الإذاعة التونسية صباح كل يوم فترة قصيدة من "المدائح النبوية" يليها فـــترة أطول منها فى "المدائح الوطنية" التى كانت تشيد ببطولة بورقيبة وأمجاده فى قصائد يدبجها أعداد من المنافقين المتنافسين فى التقرب للزعيم الأوحد ...

* * *

الحق أن مولد الرسالة هو بعثة الرسول (ﷺ) لا مولده .

ورحـــم الله عمر بن الخطاب أمير المؤمنين الذى جعل بدء تاريخ الإسلام هو الهجرة النـــبوية، ولم يحتفل هو ولا أحد من أصحابه بمولد الرسول الكريم التى يَعُدُّها البعض مجرد تقليد لما يفعل المسيحيون فى احتفالهم بمولد المسيح .

والاحـــتفال بالهجـــرة بجعلها بداية التقويم الهجرى ليس مجرد احتفال ببدء عصر الرسالة الخاتمة، بل هو احتفال بأكبر صورة من صور الجهاد فى سبيلها والثبات عليها والتضـــحية فى ســـبيلها. إنه احتفال بما فرضه الله علينا من الجهاد والصمود فى وجه البغى والعدوان ...

وهـــذا هـــو الاحتفال الصحيح بالرسالة الخاتمة والاعتزاز بها وإعلان التزامنا بالعمل لتبـــليغها والجهاد فى سبيلها ومقاومة بغى أعدائنا، وبذلك نكون شهداء على الناس كما كان الرسول شهيدا علينا ....

الباب الثانى
الركن المادى للجريمة

‹عوده› ١٤٧ ـ *منهاج البحث* : – يتوافر الركن المادى للجريمة بإتيان الفعل المحظور، سواء كانت الجريمة إيجابية أو سلبية. وقد يتم الجانى الفعل فتُعَدّ الجريمة تامة كمن سرق متاعا من آخر وخرج به من الحرز، وقد لايتم الجانى الفعل فتُعَدّ الجريمة غير تامة، كمن يضبط قبل الخروج بالمسروقات من الحرز أو بعد دخوله مباشرة، وهذا مانسميه اليوم فى اصطلاحنا القانونى بالشروع فى الجريمة.

وقد يرتكب الفعل المحرم شخص واحد، وقد يتعاون على ارتكابه جماعة يتفقون على الجريمة فينفذها أحدهم أو بعضهم، أو يحرض بعضهم بعضا عليها، أو يساعد بعضهم البعض الآخر ويعينه حال ارتكابها، وهذا مايسمى بالاشتراك فى الجريمة.

فالكلام على الركن المادى يتناول الكلام على الجريمة التامة، والشروع، والاشتراك. ومحل الكلام على الجريمة التامة هو القسم الجنائى الخاص، حيث تبحث كل جريمة وتبين أركانها وشرائطها وعقوباتها، وهذا مايوجبه منطق الفصل بين القسم العام والقسم الخاص. أما الشروع والاشتراك فسنتكلم عليهما فيما يأتى، وسنخصص لكل منهما فصلا خاصًا.

⊛ 247 – موضوعان فى هذا الباب الشروع والاشتراك :

الشروع هو جريمة ناقصة من حيث عدم وقوع النتيجة التى أرادها الجانى من فعله، ولذلك فهو خاص بالجرائم العمدية، وعندما يتقرر العقاب عليه فى جريمة ما فمعنى ذلك أن ما ارتكبه الجانى كاف ليكون جريمة، لأن ما قام به هو من أعمال تنفيذ الجريمة وليس مجرد تحضيرها؛ لذلك يعاقب عليه برغم عدم نجاحه فى تحقيق غرضه من ارتكاب الفعل.

وهدف هذا البحث هو تمييز الأفعال التحضيرية التى لايعاقب عليها الجانى إذا توقف عندها (باختياره أو لسبب خارج عن إرادته) – من الأعمال التنفيذية التى يعاقب عليها الجانى باعتبارها شروعا برغم أنه توقف عندها.

من ناحية أخرى، فسنرى أن عقوبة الشروع قد تكون أقل من عقوبة الجريمة الكاملة، لذلك يجب أن ندرس الحد الفاصل بين الفعل الذى يكوِّن جريمة ناقصة (أى شروعا) عن الأفعال التى تجعل الجريمة تامة، وهذا ضرورى فى حالة ما إذا كانت عقوبة الجريمة الناقصة تختلف عن عقوبة الجريمة التامة.

* * *

أما المشاركة فتكون فى حالة مساهمة أكثر من شخص فى ارتكاب جريمة. وهنا يجب التمييز بين من يُعَدّ منهم الفاعل الأصلى للجريمة المسئول الأول عنها، وبين من يُعَدّ مجرد شريك. وهذا أيضا يكون ضروريا فى حالة ما إذا كان القانون يجعل عقوبة الشريك أقل من عقوبة الفاعل الأصلى. أما إذا كانت العقوبة واحدة، فلا أهمية لهذا البحث.

* * *

ومراجعة أحكام القسم العام فى القوانين العصرية تكشف لنا أن المبدأ الراجح هو أن عقوبة الشروع الأصل فيها أن تكون مساوية لعقوبة الجريمة التامة وعقوبة الشريك لاتختلف عن عقوبة الفاعل الأصلى فى حالة الاشتراك، ولكن التفرقة بين العقوبة فى الحالين تكون فى حالات استثنائية؛ وهذا يجعل دراسة الشروع والاشتراك مجرد بحث نظرى فى كثير من الأحوال.

❁ فقهاؤنا اقتصروا فى بحث الشروع والاشتراك على جرائم الحدود والقصاص :

جرى الفقهاء الإسلاميون على عدم الخوض فى تحديد أركان جرائم التعازير، بحجة أن القاضى هو الذى يتولى ذلك. وهذا نقص أشرنا إليه من قبل كلما أشرنا إلى ضرورة تقنين التعازير. ونتج عن هذا الأسلوب أن موضوع الشروع والاشتراك فى الجريمة يتعرضون له فى دراسة جرائم الحدود وجرائم القصاص، والدية فقط. ولما كانت القاعدة عندهم أنه كلما استبعدت هذه العقوبات القصوى – المقدرة – فإن الفعل يمكن أن يقع تحت طائلة التعزير إذا رأى أولياء الأمر أنه يمثل خطورة تستوجب تأديب الجانى أى تعزيره – فإن كل ما كتب عن هذين الموضوعين كان بصدد جرائم الحدود والقصاص لكنه يسرى كذلك على جرائم التعازير، لأن الأصل كما قلنا من قبل أن جميع الجرائم هى جرائم تعزير.

وإذا بدأنا فى وضع نصوص لتقنين جرائم التعازير، فإن موضوع الشروع والاشتراك ستزداد أهميته. وقد مهد لنا الفقيه الشهيد الطريق لذلك بالتوسع فى عرض أحكام هذين الموضوعين فى هذا الباب، وهذا جهد مشكور له يجب أن نقدره لأنه يسهل مهمة من يقومون بعملية تقنين التعازير فى الحاضر والمستقبل، مما يؤدى إلى مزيد من الإثراء والنمو فى التشريع الجنائى الإسلامى .

فيما يخص جرائم التعازير، فإن تخلى الفقه عن تحديد جرائم التعازير أو تقنينها هو الذى أدى فى نظره إلى عدم بحث الشروع أو الاشتراك فيها، لأن موضوع التعازير وأحكامها كان يدخل فى نظرهم ضمن ولاية القضاء .

وقد أشرنا من قبل إلى رأينا فى أن اختصاص القضاء بولاية التعزير لم يعد له مسوِّغ فى عصرنا، ولم يعد هناك مسوِّغ لكى يتخلى الفقه عن مسئوليته فى تقنينها أو دراستها، لأن القضاة إنما منحوا هذه الولاية بحُسبانهم مجتهدين – ومعنى ذلك أن المجتهدين من الفقهاء هم أصحاب الاختصاص الأصلى فى ذلك ولذا لايجوز لهم أن يتخلوا عن هذا الاختصاص فى نظرنا.

ونحن نلاحظ فضلا عن ذلك أن القضاة منذ عصر طويل أصبحوا مقلدين غير مجتهدين. وإذا كان الاجتهاد الفردى فى الفقه قد انتهى عهده، فلابد أن يقوم جماعة من الفقهاء بذلك الآن وفى المستقبل بطريق الاجتهاد الجماعى بعد أن استقر الفقهاء على قفل باب الاجتهاد الفردى، على أن يساهم فى ذلك القضاء كهيئة يمثلها المجلس الأعلى للقضاء.

الفصل الأول
الشروع فى الجريمة

<عوده> ٢٤٨ ـ *الفقهاء والشروع فى الجريمة* : لم يهتم فقهاء الشريعة بوضع نظرية خاصة للشروع فى الجرائم ولم يعرفوا لفظ الشروع بمعناه الفنى كما نعرفه اليوم، ولكنهم اهتموا بالتفرقة بين الجرائم التامة. والجرائم غير التامة، ويمكننا أن نرد عدم اهتمامهم بوضع نظرية خاصة بالشروع لسببين .

أولهما : أن الشروع فى الجرائم لايعاقب عليه بقصاص[1] ولاحد، وإنما يعاقب عليه بالتعزير أيا كان نوع الجريمة . وقد جرى الفقهاء على أن يهتموا فقط بجرائم الحدود والقصاص؛ لأنها جرائم ثابتة لايدخل على أركانها وشروطها التغيير أو التعديل، كما أن عقوبتها مقدرة ليس للقاضى أن يغلظها أو يخففها. أما جرائم التعزير، فإذا استثنينا العدد القليل (من المعاصى) الذى نصت عليه الشريعة كتحريم الميتة وخيانة الأمانة، فإن معظم الجرائم التعزيرية متروك أمرها للسلطة التشريعية، أى لأولى الأمر، يحرمون من الأفعال مايرونه ماسّا بالمصلحة العامة أو النظام العام، ويعاقبون عليه، ويتركون مالايرون ضرورة للعقاب عليه. كما أن تقدير العقاب فى جرائم التعزير عامة متروك لأولى الأمر سواء كان التحريم بنص الشريعة أو كان التحريم راجعا لأولى الأمر . فيستطيع ولى الأمر أن يخفف عقوبات جرائم التعازير، وأن يشددها طبقا لما تقتضيه المصلحة العامة، وللقاضى بعد ذلك سلطة واسعة فى توقيع العقوبة، فله أن ينزل بها إلى الحد الأدنى، وأن يرتفع بها إلى الحد الأعلى. ويترتب على ذلك أن جرائم التعازير ليست ذات أهمية بالنسبة لجرائم الحدود والقصاص، وأن جرائم التعازير جرائم عقوباتها غير ثابتة قد يعاقب عليها بعقوبات تافهة وقد يعاقب عليها بعقوبات جسيمة، وأن أغلب جرائم التعازير قد يعاقب عليها فى زمان دون زمان ومكان دون مكان، وقد تتغير أركانها بتغير وجهة نظر أولى الأمر؛ ولهذا كله لم يتكلم الفقهاء عن جرائم التعازير إلا كلاما عاما، ولم يدخلوا فى تفاصيل أركان الجريمة وشروطها، وعلى هذا الأساس لم يتكلموا عن الشروع بصفة خاصة؛ لأنه من جرائم التعازير.

---

(١) يعاقب على الشروع فى القتل إذا أدى لجرح أو قطع بالقصاص كلما كان ذلك ممكنا، ولكن العقاب فى هذه الحالة ليس على الشروع فى القتل الذى لم يتم، وإنما على الجرح أو القطع بحسبان أن ماحدث هو جريمة تامة. وسيأتى تفصيل ذلك .

‹عوده› ثانيهما : أن قواعد الشريعة الموضوعة للعقاب على التعازير منعت من وضع قواعد خاصة للشروع فى الجرائم، لأن قواعد التعازير كافية لحكم جرائم الشروع. فالقاعدة فى الشريعة أن التعزير يكون فى كل معصية ليس فيها حد مقدر ولا كفارة، أى أن كل فعل تَعُدّه الشريعة معصية هو جريمة يعاقب عليها بالتعزير مالم يكن معاقبا عليها بحد أو كفارة. ولما كان الحد والكفارة لايعاقب بها إلا على جرائم معينة أتمها الجانى فعلا، فإن كل شروع فى فعل محرم لايعاقب عليه إلا بالتعزير. ويُعَدّ كل شروع معاقب عليه معصية فى حد ذاته أى جريمة تامة، ولو أنه جزء من الأعمال المكونة لجريمة لم تتم، مادام الجزء الذى تم محرما لذاته. ولا استحالة فى أن يكون فعل ماجريمة معينة إذا كان وحده، وأن يكون مع غيره جريمة من نوع آخر. فالسارق إذا مانقب البيت ثم ضبط قبل أن يدخله يكون مرتكبا لمعصية تستوجب العقاب، وهذه المعصية تُعَدّ فى ذاتها جريمة تامة، ولو أنها بدء فى تنفيذ جريمة السرقة. وعندما يتسلق السارق المنزل الذى يريد أن يسرق منه يرتكب معصية، وعندما يدخل البيت دون نقب أو تسلق بقصد السرقة يرتكب معصية. وإذا أذن له بدخول البيت، فجمع متاعه ليسرقه فضبط قبل الخروج به فهو مرتكب لمعصية. وهكذا، كلما أتى السارق فعلا تحرمه عليه الشريعة فهو مرتكب لمعصية، أى : جريمة تامة تستوجب العقاب، إذا نظرنا إليها على حدة، ولو أن هذه المعصية تُعَدّ جزءا من جريمة أخرى إذا نظرنا إلى جريمة السرقة التى لم تتم. فإذا أتم الجانى سلسلة الأفعال المكونة لجريمة السرقة، وخرج بالمسروقات من الحرز، فإن كل الأفعال التى أتاها تكون مجتمعة جريمة معينة هى السرقة، وبتمام جريمة السرقة تجب عقوبة الحد، وهى العقوبة المقررة للسرقة التامة، ويمتنع التعزير على ما دون التمام؛ لأن كل الأفعال اندمجت وتكونت منها جريمة السرقة.

والزانى إذا دخل بيت المرأة المزنى بها يرتكب معصية، وإذا جلس معها فى خلوة يرتكب معصية، وإذا قبلها يرتكب معصية، وكل هذه الأفعال تُعَدّ شروعا فى جريمة الزنا التى لم تتم، ولكن كل فعل منها يُعَدّ بذاته معصية تامة تستوجب التعزير. فإذا ما تمت جريمة الزنا، وجب الحد وامتنع التعزير، لأن كل هذه المقدمات تكون مع الإيلاج جريمة واحدة تامة هى جريمة الزنا .

وهكذا، يتبين لنا مما سبق أنه لم يكن ثمة مايدعو الفقهاء لوضع نظرية خاصة بالشروع فى الجرائم، وإنما دعتهم الضرورة فقط إلى التفرقة بين الجريمة التامة والجريمة

<عوده> غير التامة فى جرائم الحدود والقصاص، لأن الجريمة التامة دون غيرها هى التى تستوجب عقوبة الحد أو القصاص، أما الجرائم غير التامة فلا تستوجب هاتين العقوبتين وفيها التعزير فقط.

ومن الخطإ البين أن يظن البعض أن الشريعة لاتعرف الشروع فى الجرائم، إذ الظاهر مما تقدم أنها عرفت الشروع حق المعرفة، وكل مافى الأمر أنها عالجته بطريقتها الخاصة لا على طريقة القوانين الوضعية . ولم يعبر الفقهاء عن الجرائم غير التامة بتعبير الشروع فى الجرائم، لأن الأفعال التى لم تتم تدخل فى جرائم التعازير كلما تكون منها معصية، وتُعَدّ جرائم تامة بذاتها ولو أنها لم تكف لتكوين الجرائم المقصودة أصلا، فليس هناك مايدعو لتسميتها بالجرائم المشروع فيها مادام أن ما تم منها يُعَدّ فى ذاته جريمة تامة. وإذا عبرنا اليوم عن الجرائم غير التامة وقلنا : إنها جرائم الشروع، فلن نأتى بشىء جديد، وإنما هو إطلاق تسمية جديدة على بعض جرائم التعازير، وتمييز لبعض جرائم التعازير من بعضها الآخر، دون أن تكون هناك حاجة ملحة لهذه التسمية أو هذا التمييز، ودون أن يدفعنا إلى هذا التعبير إلا البيان والإقناع، ومقارنة نظرية الشريعة بما يقابلها فى القوانين الوضعية .

ونظرية الشريعة فى الشروع أوسع مدى منها فى القوانين الوضعية، فهى تعاقب على الشروع فى كل جريمة إذا كون الفعل غير التام معصية، وهى تسير على هذه القاعدة دون استثناء. فمن رفع على إنسان عصا ليضربه بها فحيل بينه وبين ذلك فهو مرتكب لمعصية يعزر عليها، ومن حاول إطلاق النار على آخر فلم يصبه فهو مرتكب لمعصية عقوبتها التعزير. أما القوانين الوضعية فتعاقب غالبا على الشروع فى أكثر الجنايات،وعلى الشروع فى بعض الجنح،دون البعض الآخر،وليس لها قاعدة عامة فى هذا.

ومن تطبيقات نظرية الشريعة حالة إحداث جرح بقصد القتل، فإن الجرح إذا أدى للموت عُدَّ الفعل قتلا عمدا، وإذا شفى المجنى عليه عُدَّ جرحا فقط وعوقب عليه الجانى بعقوبة خاصة. أما إذا أراد الجانى أن يقتل المجنى عليه فلم يصبه، فالفعل معصية وفيه التعزير .

۞ 248 – لاتطبق العقوبات المقررة حدًا أو قصاصا على الشروع :

فقهاؤنا يساوون فى العقوبة التعزيرية بين الشروع والجريمة التامة، وهذا هو ما تسير عليه القوانين الوضعية من حيث المبدأ. لكن دراسة الشروع ضرورية لوضع الحد بين مجرد التحضير للجريمة والشروع فيها .. لأن النصوص فى بعض الأحيان تضع للشروع عقوبة أقل من عقوبة الجريمة التامة .. لكن هذه أحوال استثنائية، وفى غيرها يطبق الأصل العام وهو أن الشروع يعاقب عليه بعقوبة الجريمة التامة .

وسنرى أن فقهاءنا يفرقون بين عقوبة الشروع وعقوبة الجريمة التامة فيما يتعلق بجرائم القصاص والحدود، إذ إن عقوبة الشروع فى هذه الجرائم تكون دائما تعزيرية فقط كما أكده لنا فيما بعد (البند 251) .

القول بأن فقهاءنا لم يستعملوا كلمة الشروع لا يجوز أن يفهم منه أنه لا عقاب عليه فى شريعتنا، إنما قصد بذلك أنه فى الجرائم ذات العقوبة المقدرة شرعا – إنما يعاقب عليه بعقوبة تعزيرية فقط يقدرها القاضى ولا تطبق عقوبة الحد أو القصاص المقررة للجرائم أى للفاعل الأصلى. لكن من المؤكد أن هذا الاصطلاح مستحدث ولاوجود له فى كتب التراث، ويحسن بنا أن نستفيد من مصطلحات الفقه الوضعى فى هذا المجال كما سيوضحه فقيهنا .

وهذا مستفاد من قوله: "يُعَدّ كل شروع معاقب عليه معصية فى حد ذاته، أى أنه جريمة تعزيرية تامة ..". ويكون جريمة تعزيرية حتى فى جرائم الحدود والقصاص لأنه لايطبق فيها العقوبة القصوى المقدرة وهى عقوبة الحد – ولاعقوبة القصاص حتى ولو طلبها المجنى عليه .

* * *

اصطلاح "السلطة التشريعية" لاوجود له فى فقهنا، وهو من المصطلحات التى يستعملها شراح القوانين الوضعية العصرية. وإذا كنا قد سعدنا بإعلانه فى بداية كتابه أنه سوف يستخدم المصطلحات العصرية ... إلا أننا لانوافق على إقحام هذا المصطلح بالذات فى الفقه الإسلامى المعاصر لعدة أسباب :

أهم هذه الأسباب ما يلى :

❁ نستبعد استعمال اصطلاح السلطة التشريعية :

1) أن فقهاءنا وعلماءنا يرون أن الشريعة تتميز على القوانين (الوضعية) التى تضعها الدولة، لأن منبع شريعتنا ومصدرها الأول هو الوحى الإلهى المتمثل فى نصوص الكتاب والسنة؛ وإذا صح أن تنسب إلى مشرِّع، فإنهم يقولون إن المشرِّع هو الله سبحانه وتعالى لأن لها مصدرا سماويا أو إلهيًا يميزها من القوانين الوضعية التى تنسب إلى الدولة أو إحدى سلطاتها التى تسمى "السلطة التشريعية" .

2) أن الكلام عن "السلطة التشريعية" فى دراستنا للفقه يمكن أن يؤدى بالبعض للقول بأن التقنينات الشرعية فى التعازير ستكون قوانين وضعية صادرة عن "السلطة التشريعية"، وهو ما يذهب إليه فعلا بعض الذين يردون على المطالبين بتطبيق الشريعة زاعمين أن قوانين العقوبات التى أصدرتها السلطة التشريعية فى الدول المعاصرة هى "التعازير" التى فوضت الشريعة ولايتها لأولى الأمر – فالفرق عندهم بين الشريعة والقانون الوضعى هو فى الحدود والقصاص وحدهما – وهو زعم خاطئ وضار فى نظرنا..

3) أن كلمة "أولى الأمر" هنا كما قلنا من قبل لايقصد بها رؤساء الدول ولا أمراؤها وسلاطينها أو "سلطاتها التشريعية" – كما هو الحال بالنسبة للقوانين الوضعية – وإنما هم أهل الاجتهاد وأهل الذكر الذين يجب أن يستنبطوا الأحكام من مصادرها الإلهية، وأن يتمتعوا باستقلال كامل إزاء "سلطات الدولة" التى يجب أن تخضع للشريعة وتلتزم بسيادتها وتنفيذها، أى أنها ليست هى التى تضعها .

4) أن المجتهدين أنفسهم سواء كانوا فقهاء أو قضاة لايدَّعون لأنفسهم "سلطة" التشريع ولا يجوز عَدُّهم كذلك، لأن مهمتهم هى استنباط الأحكام من المصادر الشرعية الأصلية – أى مبادئ الكتاب والسنة – بطريق الإجماع والاجتهاد؛ فهم إنما يقدمون آراء أو فتاوى ولايستطيعون أن يلزموا بها إلا من يقتنع بها من الأفراد أو الجماعات.

لذلك فإنهم لا يمثلون إحدى سلطات الدولة لأن ما يصلون إليه من أحكام شرعية هو مجرد فتاوى وآراء علمية وليست قوانين ملزمة .

5) نظرا لتعدد المذاهب وتعدد الآراء داخل كل مذهب، فإن للفرد وللجماعة أن يلتزما بأحدها دون الآخر، ويكون عملها تقليدا من جانب الفرد، أو إجماعا من جانب الأمة أو الجماعة .

❁ أحكام الشريعة ملزمة بذاها دون حاجة لتدخل سلطة الدولة إلا لتنفيذها :

6) صحيح أن التقليد أو الإجماع يحتاج إلى قدر من الاجتهاد الشخصى للاقتناع بمذهب أو ترجيح رأى دون غيره من الآراء المتعددة فى المذاهب المختلفة، لكن من يتولى اختيار مذهب أو رأى من الآراء فى أحد المذاهب الفقهية لا يجوز له أن يضع حكما استنبطه لا وجود له فى المذاهب أو الاجتهادات الفقهية التى توصل إليها الاجتهاد والفقه القديم والحديث .

إن الجماعة أو الأمة كالفرد فى التزامها بعدم تجاوز الأحكام التى يستنبطها الاجتهاد والمجتهدون. والدولة التى تمثل الجماعة لا تستطيع أن "تضع" قوانين من عندها. بل هى ملزمة بأحكام الشريعة وأحكامها التى تصل إليها فتاوى المجتهدين – أو إجماعهم.

7) التقنينات الشرعية فى نظرنا تضم ما تختاره الجماعة من أحكام الفقه ويصدرها من يمثلوها فى التشريع ليلتزم بها قضاها. وقد قدمنا أن رأينا أن الإصدار هو ما يسمى فى فقهنا "الإجماع"، ولذلك يجب أن يتم بالشورى الحرة المستقلة عن الدولة .

8) وعلى ذلك، فإن الشعب أو الأمة إذا أصدرت تقنينا شرعيا أعده الفقهاء وأهل الاجتهاد، فإن عملها هو مجرد إعلان اختيارها للأحكام التى استمدها من فتاوى المجتهدين والفقهاء السابقين أو المعاصرين. فلا يصح وصفها بأنها "قوانين وضعية". ونحن نصر على أن تسمى تقنينات لا قوانين .

ومهمة الأمة وممثلوها هى أنها سلطة "إصدار" فقط لا سلطة تشريع .

9) التفرقة بين سلطة الإصدار وسلطة التشريع موجودة فى القوانين الوضعية، إذ يختص بوضع القوانين المجالس النيابية؛ لكن "رئيس الدولة" هو الذى يختص بإصدارها. فالإصدار ليس تشريعا، لكنه أمر صادر للجهات المختصة بالعمل بالنصوص التى يصدرها من يمثل الدولة وهو رئيسها .. وإن كان الذى شرعها أو استنبطها هو المجلس النيابى. والفرق بيننا وبين القوانين الوضعية أن الإصدار يصدر عمن يمثلون الأمة فى الاجتهاد، لامن يمثلون الدولة .... وإذا كان رئيس الدولة هو الذى يوقع بالإصدار، فإنه يفعل ذلك بصفته ممثلا لأهل الاجتهاد أو أهل الحل والعقد، لا بصفته رئيسا للسلطة التنفيذية أو الحكومة وبناء على قرار من أهل الاجتهاد ومنفذا له .

10) لهذه الأسباب نفضل عدم استخدام اصطلاح "سلطة التشريع" بالنسبة للتقنينات الشرعية، حتى تتميز من "القوانين الوضعية" فى المرحلة الحالية بل وفى المستقبل حتى تقتلع التشريعات الوضعية من جذورها .

<عوده> ٢٤٩ - *المراحل التى تمر بها الجريمة وأيها يُعَدّ معصية* : تمر الجريمة بمراحل معينة قبل أن يرتكبها المجرم، فهو أولا يفكر فيها، ثم يعقد العزم على ارتكابها، ثم يحضر بعد ذلك المعدات ويهيئ الوسائل اللازمة لتنفيذها كشراء سلاح يقتل به، أو منقب ينقب به حائط المنزل الذى يريد السرقة منه، أو إعداد مفتاح مصطنع ليفتح به باب محل الجريمة . فإذا أعد المجرم معدات الجريمة، انتقل إلى مرحلة ثالثة هى مرحلة التنفيذ. فيبدأ فى تنفيذ جريمته على الوجه الذى فكر فيه وأعدّ له الوسائل .

هذه هى المراحل الثلاث التى يمر بها المجرم حتى يرتكب جريمته . فأى هذه المراحل يُعَدّ معصية وبالتالى جريمة تستحق العقاب ؟ والجواب هو ماسنبينه فيما يلى :

أولا – مرحلة التفكير والتصميم : لايُعَدّ التفكير فى الجريمة والتصميم على ارتكابها معصية تستحق التعزير وبالتالى جريمة يعاقب عليها؛ لأن القاعدة فى الشريعة الإسلامية أن الإنسان لا يؤاخذ على ما توسوس له نفسه أو تحدثه به من قول أو عمل، ولا على ما ينتوى أن يقوله أو يعمله؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: "إن الله تجاوز لأمتى عما وسوست أو حدثت به أنفسها ما لم تعمل به أو تكلم" وإنما يؤاخذ الإنسان على ما يقوله من قول وما يفعله من فعل.

وهذا المبدأ الأساسى الذى قامت عليه الشريعة من يوم وجودها هو مبدأ حديث فى القوانين الوضعية، أخذت به جميعا فى عصرنا الحاضر، ولكنها لم تعرفه ولم تأخذ به إلا ابتداء من أواخر القرن الثامن عشر بعد الثورة الفرنسية، وقبل ذلك كان من الممكن أن يعاقب على النية أو التفكير إذا أمكن إثباتهما. فالشريعة فى تقريرها هذا المبدأ، قد سبقت كل شريعة وضعية، والشرائع الوضعية حين أخذت متأخرة بهذا المبدإ إنما أخذت بأقدم المبادئ الأساسية فى الشريعة الإسلامية. ويبقى بعد ذلك أن الشريعة الإسلامية ليس فيها استثناءات لهذا المبدإ، أما القوانين الوضعية فلا يزال بها استثناءات للمبدإ، ومن الأمثلة على ذلك: أن القانون المصرى والفرنسى يفرقان بين عقوبة القتل العمد المصحوب بسبق الإصرار أو الترصد، وبين عقوبة القتل العمد الخالى من سبق الإصرار أو الترصد ويشددان العقوبة فى الحالة الأولى ويخففانها فى الثانية .

ثانيا – مرحلة التحضير: لاتُعَدّ مرحلة التحضير أيضا معصية، ولا تعاقب الشريعة على إعداد الوسائل لارتكاب جريمة إلا إذا كانت حيازة الوسيلة أو إعدادها مما يُعَدّ معصية فى ذاته، كمسلم أراد سرقة إنسان بواسطة إسكاره فإن شراء المسكر أو حيازته يُعَدّ بذاته معصية يعاقب عليها دون حاجة لتنفيذ الغرض الأصلى وهو السرقة .

والعلة فى عدم عَدّ دور التحضير جريمة، أن الأفعال التى تصدر من الجانى يجب للعقاب عليها أن تكون معصية، ولا يكون الفعل معصية إلا إذا كان اعتداء على حق الله أى: حق للجماعة أو على حق للأفراد، وليس فى إعداد وسائل الجريمة فى الغالب ما يُعَدّ

<عوده> اعتداء ظاهرا على حق الجماعة أو حقوق الأفراد، وإذا أمكن عَدُّ بعض هذه الأفعال اعتداء فإنه اعتداء قابل للتأويل أى مشكوك فيه. والشريعة لا تأخذ الناس فى الجرائم إلا باليقين الذى لاشك فيه .

ثالثا : مرحلة التنفيذ: هذه هى المرحلة الوحيدة التى تُعَدّ فيها أفعال الجانى جريمة، ويُعَدّ الفعل جريمة كلما كان معصية، أى اعتداء على حق الجماعة أو حق الفرد. وليس من الضرورى أن يكون الفعل بدءا فى تنفيذ ركن الجريمة المادى، بل يكفى أن يكون الفعل معصية، وأن يكون مقصودا به تنفيذ الركن المادى، ولو كان لا يزال بين الفعل وبين الركن المادى أكثر من خطوة. فمثلا فى السرقة يُعَدّ النقب والتسلق وكسر الباب وفتحه بمفتاح مصطنع كل ذلك يُعَدّ معصية تستحق التعزير، وبالتالى شروعا فى سرقة، ولو أن بين كل منها وبين الفعل المادى المكون لجريمة السرقة خطوات، هى دخول محل السرقة، والاستيلاء على المسروقات، وإخراجها من الحرز. كذلك يعزر الجانى بحُسبانه مرتكبا لمعصية أو شارعا فى سرقة، إذا تعرض للنقب أو فتح الباب أو حاول التسلق ولو لم يتم ماتعرض له أو حاول فعله.

ويُعَدّ الجانى مرتكبا لمعصية يعزر عليها، وبالتالى يُعَدّ شارعا فى الزنا، إذا دخل منزل المرأة التى يقصد الزنا بها، أو اجتمع بها فى غرفة واحدة، أو قبلها أو ضمها، أو فعل غير ذلك من مقدمات الزنا، وهو يعاقب على هذه الأفعال ولو أن بينه وبين الفعل المادى المكون لجريمة الزنا أكثر من خطوة .

ويرى أبو عبد الله الزبيرى تعزير الجانى بحسبانه مرتكبا لمعصية أو شارعا فى السرقة، إذا وجد بجوار المنزل المراد سرقته ومعه مبرد ليستعمله فى فتح الباب أو منقب لينقب به الحائط، ولو أنه لم يبدأ فى فتح الباب أو نقب الحائط، إذا ثبت أنه جاء بقصد السرقة. ويرى تعزير الجانى كذلك إذا وجد مترصدا بجوار محل السرقة يترصد غفوة الحارس ليسرق المتاع الذى يحرسه[(١)] .

فمقياس الفعل المعاقب عليه فى الشروع هو أن يكون ماأتاه المتهم مكونا لمعصية كالنقب، ويستعان على معرفة ما إذا كان الفعل معصية أو غير معصية بنية الجانى وقصده من الفعل؛ لأن ثبوت هذه النية يزيل كل شك ويساعد على تحديد نوع المعصية . وقد جعل أبو عبد الله الزبيرى فى الأمثلة التى ذكرناها سابقا شأنا كبيرا لنية الجانى، فالترصد بجوار محل السرقة قد يكون للسرقة أو لعمل آخر مباح، ولكن نية الجانى وحدها هى التى أزالت الشك عن الفعل وعينت المعصية، ووجود الجانى بجوار محل السرقة ومعه مبرد أو منقب يحتمل أن يكون الجانى قاصدا سرقة هذا المحل أو غيره، ويحتمل أن يكون أراد السرقة أو أراد عملا آخر غير محرم، ولكن نية الجانى هى التى أخرجت الفعل من حيز الاحتمال إلى حين اليقين وعينت المعصية .

---

(١) الأحكام السلطانية ص ٢٠٦،٢٠٧ .

〈عوده〉 ٢٥٠ ـ *الشريعة والقانون* :– وتتفق الشريعة مع القوانين الوضعية فى عدم العقاب على مرحلتى التفكير والتحضير، وفى قصر العقاب على مرحلة التنفيذ، ولكن شراح القوانين يختلفون على الوقت الذى يُعَدّ فيه الجانى قد بدأ بالتنفيذ. فأصحاب المذهب المادى يرون أن بدء التنفيذ المكون للشروع هو البدء فى تنفيذ الفعل المادى المكون للجريمة، فإذا كانت الجريمة تتكون من فعل واحد كان الشروع هو البدء فى تنفيذ هذا الفعل، وإذا كانت تتكون من جملة أفعال كان البدء فى أحدها شروعا فى الجريمة، ولا يُعَدّ بدءا فى التنفيذ أى عمل آخر لا يدخل فى الأفعال المكونة للجريمة. ويرى أصحاب المذهب الشخصى أنه يكفى لتحقيق الشروع أن يبدأ الفاعل تنفيذ فعل ما، سابق مباشرة على تنفيذ الركن المادى للجريمة ومؤد إليه حتما، ويستعين أصحاب هذا المذهب بنية الجانى وشخصيته لمعرفة الغرض الذى قصده من فعله .

والمذهب الشخصى لايختلف فى شىء عن نظرية الشريعة الإسلامية، فكل ما يمكن العقاب عليه بحسب هذا المذهب تعاقب عليه الشريعة، ولكن نظرية الشريعة مع هذا تتسع لأكثر ما يتسع له المذهب الشخصى؛ لأن الشريعة تعاقب على كل مايأتيه الجانى إذا تكون مما فعله معصية، سواء كان ما فعله الجانى مؤد حتما إلى الركن المادى للجريمة المقصودة أو لا يؤدى إليه، كدخول منزل بقصد الزنا بامرأة فيه. أما المذهب الشخصى فيستوجب أن يكون الفعل مؤديا حتما للركن المادى كالنقب وفتح محل السرقة بمفتاح مصطنع. ويأخذ القانون المصرى بالمذهب الشخصى، وقد انتهت أحكام محكمة النقض المصرية إلى الأخذ بهذا المذهب .

٢٥١ ـ *العقاب على الشروع* :– قاعدة الشريعة الإسلامية فى جرائم الحدود والقصاص ألاّ يتساوى عقاب الجريمة التامة بالجريمة التى لم تتم. وأصل هذه القاعدة حديث الرسول صلى الله عليه وسلم : "من بلغ حدّا فى غير حد فهو من المعتدين"[(١)]. وهذه القاعدة لا يمكن الخروج عليها فى جرائم الحدود وجرائم القصاص، فلا يمكن العقاب على الشروع فى الزنا بعقوبة الزنا التام وهى الجلد والرجم، ولا يمكن العقاب على الشروع فى السرقة بعقوبة القطع؛ لأن القطع جعل جزاء الجريمة التامة ولا شك فى أن البون شاسع بين الشروع والفعل التام، فيجب أن يؤخذ المتهم بقدر ما فعل، ويجزى بقدر ما اكتسب، فضلا عن أن التسوية فى العقاب بين الشروع والجريمة التامة تحمل من شرع فى جريمة على إتمامها؛ لأنه يرى نفسه قد استحق عقوبة

---

(١) تُعَدّ جرائم القصاص وجرائم الحدود حدودا. والحد فى الأصل هو ماكانت عقوبته مقدرة.

الجريمة التامة بالبدء فى تنفيذ الجريمة، فليس ثمة مايغريه بالعدول عنها[1].

ونستطيع أن نقيس الشروع فى جرائم التعازير بالشروع فى جرائم الحدود والقصاص، فنقول : إن القواعد العامة التى تسرى على جرائم الحدود والقصاص تسرى على جرائم التعازير، ولو وردت هذه القواعد خاصة بجرائم الحدود والقصاص فقط؛ لأن هذين النوعين من الجرائم هما أهم الجرائم وما يسرى على الجرائم المهمة يسرى على غيرها.

ونستطيع أن نخصص الحديث بالعقوبات المقدرة فقط، وهى عقوبات جرائم الحدود وجرائم القصاص، ونص الحديث يحتمل هذا التخصيص، فهو "من بلغ حدا فى غير حد" والحد الأول هو العقوبة، والحد الثانى هو الجريمة، فالنص قاطع بلفظه بأنه ورد فى جرائم الحدود والقصاص دون غيرها، ومن ثم يجوز تسوية عقوبة الشروع بعقوبة الجريمة التامة فى غير الحدود خصوصا وأن التعازير غير مقدرة، وللقاضى حرية واسعة فى تقدير العقوبة من بين حديها الأدنى والأعلى .

والقوانين الوضعية لا تخرج عن هذين الاتجاهين، فبعضها يسوى بين عقوبة الشروع وعقوبة الجريمة التامة، وبعضها يعاقب على الشروع بعقوبة أخف من عقوبة الجريمة التامة.

---

(١) راجع الفقرة ٤٨١ .

۞ 249 – 251 – لاعقاب على الأعمال التحضيرية :

لقد توسع فى شرح مبدإ عدم العقاب على ما يُعَدّ من الأعمال التحضيرية الذى توصل إليه الفقه العصرى ليؤكد أنه موجود فى شريعتنا قبل ذلك بقرون عديدة، وأن شريعتنا قد سبقت إليه بتقريره منذ عهد الرسالة، كما أوضح ذلك فقيهنا بإشارته إلى الحديث الشريف المشار إليه (فى البند **251**) .

ويسرنا أنه قد توسع فى بحث حكم الأعمال التحضيرية وعدم العقاب عليها فى شريعتنا لأنه قصد بذلك إثبات أن هذا المبدأ الذى يتباهى به الفقه والقوانين العصرية ويتوسعون فى الكلام عنه معروف ومقرر فى شريعتنا قبل أن يُعرف لديهم بقرون عديدة.

وهو على حق فى تأكيد سبق شريعتنا للقوانين الوضعية فى تقرير هذا المبدإ .

* * *

ولابد أن نعود لبحث موضوع الظروف المشددة فى دراستنا لأحكام القسم الخاص لكنا نسارع للقول بأنه فيما يتعلق بالحدود والقصاص فإن الجريمة التى تستوجب تلك العقوبات القصوى المقدرة هى التى يتوافر فيها جميع أركانها مضافا إليها ظرف مشدد فى نظرنا. أما فى حالة عدم توافره فتكون العقوبة تعزيرا .

* * *

لكنا لا نوافق على قوله إن ماجرى عليه القانون الوضعى من عَدّ سبق الإصرار والترصد ظرفا مشددا يُعَدّ استثناءً من مبدإ عدم العقاب على الأعمال التحضيرية، بل نرى أنها عوامل أو ظروف إضافية تبرر التشديد، لأنها تدل على تمكن القصد الإجرامى والإصرار على العدوان لدى الجانى مدة طويلة مما يستوجب تشديد العقوبة التعزيرية لكن الترصد وسبق الإصرار ليس جريمة بذاته .

* * *

توسع فى عرض التفرقة بين المذهب الشخصى والمذهب المادى فى الفقه الوضعى بشأن تحديد ما يُعَدّ شروعا أم لا، ونحن نرى أنه أمر يختص به القضاء كما أشار لذلك بالنسبة لمحكمة النقض المصرية، وإن كان المعيار الذى استنبطه من كتب فقهائنا يلزم القاضى بأن يراعى عند التفرقة بين الشروع والأعمال التحضيرية ما يَعُدّه معصية شرعية وما لايَعُدّه كذلك .

* * *

الشروع فى الجرائم الخطيرة يعاقب عليه بعقوبة تعزيرية :

القاعدة التى أشرنا إليها من قبل هى أن شريعتنا تعامل الشروع بحسبانه جريمة متميزة، لكن الأصل أن عقوبتها تعزيرية دائما. ومعنى ذلك أن عقوبة الشروع أخف من عقوبة الجريمة التامة فى جرائم الحدود والقصاص. ويجب القول فى نظرنا إن المبدأ ذاته يطبق فى التعازير، لكن الفارق أن تقدير العقوبة فى التعازير كان متروكا لتقدير القاضى .. فله أن يسوِّى أو لا يسوِّى .. لأن القضاء له حرية أوسع فى تقدير العقوبة التعزيرية سواء بالنسبة للجريمة التامة أو الشروع .. وإن كان فقيهنا يرى غير ذلك (فى البند 251) حيث يقول بأنه يجب تسوية الشروع بعقوبة الجريمة التامة فى التعازير.

ولم يتعرض فقهنا إلى تحديد الجرائم التعزيرية التى يعاقب فيها على الشروع اكتفاء بترك ذلك لتقدير القاضى .

وما أشار إليه من أن الشروع فى الجرائم الخطيرة ذات العقوبات القصوى المقدرة (الحدود والقصاص) له أحكام خاصة يقابله فى القوانين الوضعية أنها تعاقب على الشروع فى الجنايات دائما بعقوبة أخف، ولا تعاقب عليه فى الجنح إلا فى حالات استثنائية بنص خاص يحدد العقوبة التى يلتزم بها القاضى .

ولا شك فى أنه فى حالة التقنين لا بد أن يوضع نص يشير إلى الجرائم التى يعاقب فيها على الشروع لأن الأصل هو عدم العقاب، كما يحدد للقاضى مقدار تلك العقوبة، إن كان أقل من عقوبة الجريمة التامة أو مساوية لها .

إن استقرار فقهنا على عدم تطبيق عقوبات الحدود والقصاص على مجرد الشروع فى الجريمة هو قاعدة مهمة، لأن الأصل العام هو أن هذه العقوبات القصوى لا يجيز المشرع التوسع فى تطبيقها ويفرض إسقاطها لمجرد وجود الشبهة، ومعنى ذلك أن عدم تمام الجريمة أى مجرد الشروع فيها هو فى نظر الفقه شبهة تسقط الحد أو القصاص وتوجب الاكتفاء بعقوبة تعزيرية عند الاقتضاء. ونحن نؤيد ذلك.

كما أن ذلك يرجح أنه فى حالة تقنين التعازير يحسن أن تكون عقوبة الشروع أقل من عقوبة الجريمة التامة .

〈عوده〉 ٢٥٤ ـ *أثر عدول الجانى عن الفعل* : إذا شرع الجانى فى ارتكاب الجريمة، فإما أن يتمها وإما ألاّ يتمها. فإذا أتمها فقد استحق عقوبتها. وإذا لم يتمها، فإما أن يكون أكره على عدم إتمامها، كمن يضبط وهو يجمع المسروقات من محل السرقة، وإما أن يكون هو الذى عدل مختارا عن إتمامها. وفى حالة العدول، إما أن يكون العدول لسبب ما غير التوبة، كأن يكتفى الجانى بما فعل، أو يرى أنه ينقصه بعض الأدوات، أو يرى أن يعاود الكرة فى وقت آخر مناسب، أو يخشى أن يراه أحد، وإما أن يكون سبب العدول هو توبة الجانى وشعوره بالندم ورجوعه إلى الله .

فإذا كان سبب عدم إتمام الجريمة هو إكراه الجانى على ذلك كأن يضبطه المجنى عليه أو يصاب بحادث يمنعه من إتمام الجريمة، فإن ذلك لا يؤثر على مسئولية الجانى فى شىء، مادام أن الفعل الذى أتاه يُعَدّ معصية .

وإذا عدل الجانى عن إتمام الجريمة لأى سبب غير التوبة، فهو مسئول عن الفعل كلما عُدّ الفعل معصية، أى اعتداء على حق الجماعة أو حق الفرد. فمثلا إذا قصد سرقة منزل فنقبه أو كسر بابه، ثم عدل عن دخوله؛ لأنه رأى الحارس يمر فى هذه المنطقة فخشى أن يكتشف الحادث، أو دخل المنزل ثم خرج دون أن يسرق شيئا؛ لأنه عجز عن فتح خزانة النقود، أو ليأتى بزميل له يعاونه فى فتح الخزانة أو يعاونه فى حمل المسروقات، فهو فى كل هذه الحالات يعاقب بالرغم من عدوله؛ لأنه عدل لسبب غير التوبة؛ ولأن ما وقع منه فعلا يُعَدّ معصية؛ فالنقب معصية، ودخول منزل الغير دون إذنه معصية، وكسر باب منزل الغير معصية. أما إذا وصل إلى باب المنزل بقصد السرقة ثم عدل لأى سبب وعاد، فإنه لا يعاقب؛ لأن ما فعله لا يُعَدّ اعتداء على حق الجماعة أو حق الفرد ومن ثم لا يُعَدّ معصية، وإذا لم يُعَدّ الفعل معصية فلا عقاب .

<عوده> ٢٥٣ـ **العدول للتوبة** : أما إذا كان سبب عدول الجانى عن الفعل هو توبته ورجوعه إلى الله، فإن الجانى لا يعاقب على ما فعل،، إذا كانت الجريمة هى جريمة الحرابة، وذلك لقوله تعالى : ﴿إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم﴾ [المائدة: ٣٤]. فالمحارب إذا تاب قبل القدرة عليه سقطت عقوبته بالرغم من أنه أتى الجريمة التامة. وإذا كان هذا هو حكم من أتم الجريمة، فأولى به أن يكون حكم من لم يتمها .

وإذا كان الفقهاء قد اتفقوا على أن التوبة تسقط العقوبة المقررة لجريمة الحرابة[1] إذا حدثت التوبة قبل القدرة على المحارب، فإنهم اختلفوا فى أثر التوبة على ما عدا هذه الجريمة، ولهم فى ذلك ثلاث نظريات :

الأولى : ويقول بها بعض الفقهاء فى مذهب الشافعى ومذهب أحمد. ومجمل رأيهم أن التوبة تسقط العقوبة، وحجتهم فى ذلك أن القرآن نص على سقوط عقوبة المحارب بالتوبة، وجريمة الحرابة هى أشد الجرائم، فإذا دفعت التوبة عن المحارب عقوبته كان من الأولى أن تدفع التوبة عقوبة ما دون الحرابة من الجرائم. وأن القرآن لما جاء بعقوبة الزنا الأولى رتب على التوبة منع العقوبة، وذلك قوله تعالى: ﴿واللذان يأتيانها منكم فآذوهما فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما﴾ [النساء: ١٦]. وذكر القرآن حد السارق وأتبعه بذكر التوبة فى قوله تعالى: ﴿فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فإن الله يتوب عليه﴾ [المائدة:٣٩]. وأن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : "التائب من الذنب كمن لاذنب له". ومن لاذنب له لا حد عليه. وقال الرسول فى ماعز لما أخبر بهربه : "هلا تركتموه يتوب فيتوب الله عليه".

ويشترط هؤلاء الفقهاء لتسقط التوبة العقوبة أن تكون الجريمة مما يتعلق بحق الله، أى أن تكون من الجرائم الماسة بحقوق الجماعة كالزنا والشرب، وألاّ تكون مما يمس حق الأفراد كالقتل أو الضرب. ويشترط بعض هؤلاء الفقهاء شرطا آخر، وهو أن تكون التوبة مصحوبة بإصلاح العمل، وهذا الشرط يقتضى مضى مدة يعلم بها صدق التوبة، ولكن البعض الآخر يكتفى بالتوبة ولا يشترط إصلاح العمل[2] .

---

(١) من المتفق عليه أن التوبة تسقط فقط ما يمس حقوقا للجماعة، أما ما يمس حقوق الأفراد فلا يسقط بالتوبة. فالمحارب إذا أخذ المال فقط ثم تاب سقطت عنه عقوبة القطع بالتوبة ولكنه يلزم برد المال، وإذا أخذ المال وقتل ثم تاب سقطت عنه عقوبة القتل حدا ولكنه يلزم برد المال ولا تسقط عنه عقوبة القصاص إلا بعفو أولياء القتيل .

(٢) نهاية المحتاج جـ ٨ ص ٦، المغنى جـ ١٠ ص ٣١٦، ٣١٧ .

‹عوده› ويترتب على الأخذ بهذه النظرية أن تسقط العقوبة عمن يعدل عن إتمام جريمته تائبا كلما كانت الجريمة مما يمس حقوق الجماعة، أما الجرائم التى تمس حقوق الأفراد فلا يؤدى العدول عن ارتكابها لسقوط العقوبة بحال ولو كان سبب العدول هو التوبة .

النظرية الثانية : وهى نظرية مالك وأبى حنيفة وبعض الفقهاء من مذهبى الشافعى وأحمد، ومجمل رأيهم أن التوبة لا تسقط العقوبة إلا فى جريمة الحرابة للنص الصريح الذى ورد فيها ؛ لأن الأصل أن التوبة لا تسقط العقوبة ، فالله أمر بجلد الزانى والزانية فقال : ﴿الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾ [النور: ٢]. فجعل الجلد عامّا للتائبين وغير التائبين، وقال تعالى: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾[المائدة:٣٨]. فجعل القطع للتائب وغير التائب . وقد أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم برجم ماعز والغامدية وقطع الذى أقر بالسرقة، وكلهم جاءوا تائبين معترفين على أنفسهم يطلبون أن يتطهروا من ذنوبهم بإقامة الحد عليهم، وقد سمى الرسول فعلهم توبة، فقال فى حق المرأة : "لقد تابت توبة لو قسمت على سبعين من أهل المدينة لوسعتهم" .

ويرى هؤلاء الفقهاء أن العقوبة لا تسقط بالتوبة، لأنها كفارة عن المعصية ولا يرون شبها بين المحارب وبين غيره من المجرمين حتى يقاس أحدهما على الآخر. فالمحارب شخص لا يقدر عليه فجعلت التوبة مسقطة لعقوبته إذا تاب قبل القدرة عليه بتشجيعه على التوبة والامتناع عن الإفساد فى الأرض. أما المجرم العادى فهو شخص مقدور عليه دائما، فليس ثمة مايدعو لإسقاط العقوبة عنه بالتوبة، بل إن العقوبة هى التى تزجره عن الجريمة، وفضلا عن ذلك فإن القول بأن التوبة تسقط العقوبة يؤدى إلى تعطيل العقوبات؛ لأن كل مجرم لايعجز عن ادعاء التوبة[1] .

ويترتب على هذه النظرية أن عدول الجانى عن إتمام جريمته تائبا راجعا إلى الله لا يمنع عنه العقوبة كلما عُدّ فعله معصية .

النظرية الثالثة : وهى نظرية ابن تيمية وتلميذه ابن القيم وهما من الحنابلة، وعندهما أن العقوبة تطهر من المعصية، وأن التوبة تطهر من المعصية وتسقط العقوبة فى الجرائم التى تمس حقا لله، فمن تاب من جريمة من هذه الجرائم سقطت عقوبته، إلا إذا

(١) شرح الزرقانى جـ ٨ ص ١١٠، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٩٦، أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٥٦، المغنى جـ ١٠ ص ٣١٦ .

عوده رأى الجانى نفسه أن يتطهر بالعقوبة، فإنه إذا اختار أن يعاقب عوقب بالرغم من توبته[١] .

ويترتب على هذه النظرية أن من عدل عن إتمام جريمته تائبا تسقط عنه العقوبة إذا كانت الجريمة مما يمس حقا لله، أى حقا من حقوق الجماعة،، ما لم يطلب الجانى نفسه أن يعاقب. أما إذا كانت الجريمة تمس حقا للأفراد فلا تسقط العقوبة .

والقاعدة العامة فى القوانين الوضعية هى أن توبة الجانى لا تسقط العقوبة . وهذا يتفق مع نظرية مالك ومن معه. ولكن بعض القوانين الوضعية لا تعاقب الجانى إذا عدل مختارا عن إتمام الجريمة، ومن هذه القوانين القانون المصرى والقانون الفرنسى، وهذا يتفق مع ما يقوله بعض الفقهاء المسلمين من أن التوبة تسقط العقوبة . وبعض القوانين الوضعية لا تخلى الجانى من المسئولية عن الشروع ولو عدل عن إتمام الجريمة مختارا كالقانون الإنجليزى والقانون الهندى[٢] .

---

(١) أعلام الموقعين جـ ٢ ص ١٩٧، ١٩٨.

(٢) يراجع البحث المقارن عن أثر التوبة فى الجزاءات الجنائية فى القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية للأستاذ الدكتور / شكرى الدقاق أضفناه فى الجزء الرابع والأخير من المجلد الأول عند حاشيتنا على البند ٥٣٠ فيما بعد .

⟨عوده⟩ ٢٥٤ - *الشروع فى الجريمة المستحيلة* :- ليس فى أقوال الفقهاء ما يشير إلى ما نسميه اليوم بالجريمة المستحيلة. والجريمة المستحيلة كما يعرفها شراح القوانين الوضعية هى التى يستحيل وقوعها: إما لعدم صلاحية وسائلها، كمن يطلق على الآخر بقصد قتله بندقية لا يعلم أنها غير معمرة أو أن إبرتها مكسورة، وإما لانعدام موضوعها، كمن يطلق عيارا على ميت بقصد قتله وهو غير عالم بموته .

وقد كانت الجريمة المستحيلة محل نظر فقهاء القانون الوضعى ومناقشاتهم فى القرن الماضى، وكان بعضهم يرى العقاب على الشروع فيها، وبعضهم لا يرى ذلك . أما اليوم، فقد اتجه الرأى إلى إهمال نظرية الاستحالة والأخذ بالمذهب المضاد، وهو المذهب الشخصى، ويقوم على النظر إلى غرض الفاعل وخطورته، فمتى كانت الأفعال التى أتاها تدل صراحة على قصد الفاعل فهو شارع فى الجريمة وتجب عليه عقوبة الشروع.

ورأى أصحاب المذهب الشخصى فى الجريمة المستحيلة يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية، إذ يستوى فى الشريعة الإسلامية أن تستحيل الجريمة بالنسبة لوسائلها أو موضوعها والغاية منها، فإن ذلك كله لا ينفى مسئولية الجانى إن كان ما فعله معصية. ولا شك فى أن محاولة الجانى الاعتداء على المجنى عليه هى فى ذاتها معصية بغض النظر عما إذا كانت المحاولة قد أدت لنتيجتها أم لم تؤد لذلك، وسواء كانت نتيجة المحاولة ممكنة الحصول أو مستحيلة الوقوع؛ لأن المحاولة فى كل الأحوال اعتداء على الفرد وعلى أمن الجماعة، وما دامت النية الجنائية قد ظهرت وتجسمت فى أفعال خارجية أتى بها الجانى بقصد تنفيذ جريمته فهو جان يستحق العقاب كلما تكون من أفعاله معصية. وإذا كان الفعل لم يلحق أذى فعلا بالمجنى عليه، أو كانت الجريمة قد استحال تنفيذها، فإن ذلك أمر يترك تقديره للقاضى، فيعاقب الجانى بالعقوبة التى تتلاءم مع قصده وخطورته والظروف التى أحاطت بتنفيذ جريمته .

۞ 252 – 254 – شريعتنا تشجع على التوبة وتجعلها سببا لاستبعاد العقوبة أو تخفيفها :

الأصل أن الشروع يُعَدّ جريمة معاقبا عليها إذا كان عدم تمام الجريمة لسبب خارج عن إرادة الجانى لا عن عدوله هو عن إتمامها. والتفصيل الذى توسع فى شرحه عن حالة العدول الاختيارى من جانب الجانى عن إتمام فعله، واختلافات الفقهاء فيما يترتب عليه، سببه أن شريعتنا تعطى أهية خاصة للتوبة، والعدول الاختيارى عن إتمام الجريمة يُعَدّ توبة وتفرض تشجيع المتهمين على ذلك. ونحن نرجح ما توصل إليه ابن تيمية فى هذا المجال لأنه يتوسع فى إعطاء التوبة أثرها .

وما أشار إليه من الاختلاف فى الفقه العصرى بين الاتجاه الشخصى الذى يرى العقاب على الشروع فى الجريمة المستحيلة والمذهب الآخر الذى يرى عدم العقاب، فإنه فى نظرنا متروك للقضاء فى شريعتنا. ونحن نرجح عدم العقاب حتى لا نضيع على الجانى فرصة التوبة، التى تهتم بها شريعتنا ..

موضوع التوبة له أهمية خاصة فى شريعتنا، لأن العقوبات تقرر بقصد إصلاح الجناة والتوبة دليل على استجابتهم للاستقامة وعدولهم عن سلوك طريق الجريمة – وهذا هو ما تريده التعاليم الدينية ..

وقد توسع فى دراسته للآراء المختلفة فى أثر التوبة لا فى العقاب على الشروع فقط بل فيما يتعلق بالجريمة التامة، بل وفى العقوبة المحكوم بها بعد صدور الحكم – وهو ما نقدره له – لأن هذا الموضوع من خصائص شريعتنا ومميزاتها حيث إنها شريعة إلهية تعطى للاعتبارات الإنسانية أولوية وعناية لا تصل إليها القوانين الوضعية. وسوف نعود له فى كتاب"العقوبة" .

من الواضح أن التشجيع على التوبة من أهم ما عنيت به السنة النبوية، حتى إنها وصلت إلى تقديم النصح للمتهم المعترف بالعدول عن اعترافه والتراجع عنه ليكون ذلك دليلا على توبته. وهذا التوسع فى التوبة يتجاهله كثيرون ممن يدّعون أن العقوبات البدنية المقررة شرعا تُعَدّ فى نظرهم قاسية. وهذا الظن الخاطئ يتجاهل أهمية التوبة التى تؤدى إلى تضييق نطاق هذه العقوبات وتوسيع أسباب امتناعها، وذلك إذا راعينا مايلى:

1) أن على القاضى والمقنن والفقيه أن يتخذوا جميع الأسباب التى تفتح للمتهم طريق التوبة والإنابة – لأن ذلك أنجع فى مكافحة الجريمة وإصلاح الجانى والمجتمع من فرض العقوبة المقررة .

۞ أحكام عديدة هدفها تشجيع التوبة :

2) أن إعلان المتهم للتوبة وجديته فيها يُعَدّ من الشبهات التى يجب على القاضى أن يجعلها سببا لمنع توقيع العقوبة القصوى حدا أو قصاصا، وأن يكتفى بالتعزير المناسب الذى يشجع التائب على الالتزام بالتوبة والاستقامة عند الاقتضاء .

3) أنه فى حالة القصاص يكون التصالح مع المجنى عليه أو ولى الدم دليلا أكيدا على التوبة والعدول عن طريق العدوان، ولذلك يترتب عليه حتما سقوط عقوبة القصاص والاكتفاء بالتعزير الذى يراه القاضى مناسبا ......

4) أن التوبة لا تعفى من أداء الحقوق المدنية مثل رد المسروقات أو دفع التعويض المستحق عن كل فعل يضر بالغير .

5) أن وقف تنفيذ العقوبة أو فترة الاختبار (PROBATION) يجب عَدُّها من وسائل تشجيع المتهمين على التوبة، ولذلك فهى تتفق تماما مع مقاصد شريعتنا وأصولها ولا ضرر من التوسع فيها عملا .

6) ما يسمى الآن بالإفراج الشرطى أو الإعفاء من مدة الحبس فى حالة تحسن سلوك المحكوم عليهم بالعقوبات المقيدة للحرية يدخل أيضا ضمن الإجراءات التى تشجع على التوبة، وتحقق مقصد شريعتنا من تشريع التوبة .....

الفصل الثانى
الاشتراك فى الجريمة

(عوده) ٢٥٥ ـ *صور الاشتراك* :ـ قد يرتكب الجريمة فرد واحد، وقد يرتكبها أفراد متعددون فيساهم كل منهم فى تنفيذها، أو يتعاون مع غيره على تنفيذها. وصور المساهمة والتعاون لاتخرج مهما اختلفت عن حالة من أربع : فالجانى قد يساهم فى تنفيذ الركن المادى للجريمة مع غيره، وقد يتفق مع غيره على هذا التنفيذ، وقد يحرضه عليه، وقد يعينه على ارتكاب الجريمة بشتى الوسائل دون أن يشترك معه فى التنفيذ، وكل واحد من هؤلاء يُعَدّ مشتركا فى الجريمة سواء اشترك ماديا فى تنفيذ الركن المادى للجريمة أو لم يشترك ماديا فى تنفيذه .

وللتمييز بين من يشترك ماديا ومن لايشترك فى تنفيذ الركن المادى للجريمة، يسمى من يباشر تنفيذ الركن المادى شريكا مباشرا، ويسمى من لايباشر التنفيذ شريكا متسببا، ويسمى فعل المباشر الاشتراك المباشر فى الجريمة، ويسمى فعل الشريك المتسبب الاشتراك غير المباشر أو الاشتراك بالتسبب . وأساس التفرقة أن الأول يباشر تنفيذ الركن المادى للجريمة فهو شريك فى المباشرة، وأن الثانى يتسبب فى الجريمة باتفاقه أو تحريضه أو بذله العون ولكنه لايباشر تنفيذ ركن الجريمة المادى فهو شريك بالتسبب[1] .

ولعل فى التفريق بين الشركاء المختلفين على هذا الوجه مايزيل اللبس الذى يحدث من تسمية كل واحد من الشركاء بالشريك دون تمييز بين من يباشر الجريمة ومن لم يباشرها، ولعل رجال القانون فى مصر أول من يعانى من هذا اللبس حيث جرى الشراح المصريون على تسمية المتسبب والمباشر بالشريك .

---

(١) شرح الزرقانى جـ ٨ ص ١٠ .

❁ 255 – نوعان من المشاركة :

عنى فقهاؤنا بالتفرقة بين نوعين من المشاركين فى الجريمة :

أولهما : يسمونه الشريك المباشر، الذى ساهم فى الفعل التنفيذى المعاقب عليه، أى أنه شريك فى الفعل المكوِّن للجريمة؛ فهو فى الحقيقة فاعل أصلى؛ ويعبر عنه فى الفقه الوضعى بأنه "فاعل مع غيره". والمعيار الذى يحدد ذلك هو أننا لو فرضنا أنه كان يرتكب الجريمة وحده ولم يرتكب سوى هذه المساهمة، فإن جريمته تكون شروعا معاقبا عليه .

أما النوع الثانى : فيسمونه الاشتراك بالتسبب، وذلك بمجرد قيام شخص بتسهيل مهمة الفاعل بمساعدته وكذلك بالتحريض عليها أو الاتفاق مع الفاعل الأصلى. ومعيار التفرقة بينه وبين الاشتراك المباشر، هو أنه لو وقف الأمر عند هذا الحد ولم يبدأ الفاعل فى تنفيذ جريمته فإن مجرد الاتفاق أو التحريض أو المساعدة لا يعاقب عليه بصفته شروعا لأنه لا يُعَدّ عملا تنفيذيا[1] ... ومع ذلك، ففى هذه الحالة إذا ارتكب الفاعل الأصلى الجريمة يعاقب المحرض والمتفق بعَدِّه شريكا، لأن الجريمة قد وقعت فعلا بارتكاب الفاعل الأصلى لها نتيجة لهذا التحريض أو المساعدة أو الاتفاق.. وفعل الشريك هنا يعاقب عليه لأنه تسبب فى وقوع الجريمة بالتحريض أو الاتفاق، وسهَّل للفاعل الإقدام عليها بالمساعدة، فى حين أن الجريمة لو لم ترتكب فعلا فإن عمله يكون مجرد عمل تحضيرى لاعقاب عليه فمسئوليته ناتجة عن فعل الفاعل الأصلى ومرتبطة به، ومساهمته فيه كانت فى نطاق التشجيع أو التحريض أو المساعدة .

من يسمونه الشريك المباشر فى فقهنا تَعُدّه القوانين العصرية فاعلا فى حالة تعدد الفاعلين ولا يوصف بأنه مجرد شريك، والنتيجة واحدة .

---

(1) يراجع البند رقم (258) .

٢٥٦ ـ *اهتمام وإهمال* : ويجب أن نلاحظ قبل كل شيء أن فقهاء الشريعة اهتموا بإبراز أحكام الاشتراك المباشر، بينما أهملوا إلى حد كبير أحكام الاشتراك بالتسبب. ولذلك الاهتمام وهذا الإهمال علتان : 〈عوده〉

العلة الأولى: إن الفقهاء كما ذكر من قبل[1] قصروا همهم على بيان أحكام الجرائم ذات العقوبات المقدرة، وهى جرائم الحدود والقصاص، لأنها جرائم ثابتة لا تقبل التغيير والتعديل، ولأن عقوباتها مقدرة لا تقبل الزيادة أو النقص. أما جرائم التعزير، فلم يهتموا بها ولم يضعوا لها أحكاما خاصة، لأنها فى الغالب جرائم غير ثابتة، تتغير بتغير ظروف الزمان والمكان واختلاف وجهات النظر، كما أن عقوبات التعزير غير ثابتة، فهى تقبل الزيادة والنقص.

العلة الثانية : إن القاعدة للعامة فى الشريعة أن العقوبات المقدرة تقع على من باشر الجريمة دون المتسبب، وهذه القاعدة مطبقة بدقة عند أبى حنيفة ولكن بقية الفقهاء يستثنون من القاعدة جرائم الاعتداء على النفس وما دونها، أى جرائم القتل والجرح، وحجتهم فى ذلك أن من طبيعة هذه الجرائم أن تقع بالمباشرة والتسبب، وأنها تقع كثيرا بالتسبب، فلو طبقت القاعدة على المباشر فقط لامتنع توقيع العقوبة المقدرة على المتسبب مع أنه نفذ الركن المادى للجريمة كما فعل المباشر. ويقصر هؤلاء الفقهاء الاستثناء على الشركاء المباشرين، أما الشركاء المتسببون فيخضعونهم للقاعدة العامة .

ويترتب على القاعدة العامة أن الشريك المتسبب إذا اشترك فى جريمة ذات عقوبة مقدرة لم يعاقب بهذه العقوبة؛ لأن العقوبة المقدرة لا تقع إلا على الشريك المباشر فقط. فجريمة الاشتراك بالتسبب هى من جرائم التعازير فى كل حال، سواء اشترك الشريك المتسبب فى جريمة من جرائم الحدود والقصاص، أو اشترك فى جريمة من جرائم التعزير . وهذا يفسر لنا اهتمام الفقهاء بالاشتراك المباشر، وإهمالهم الاشتراك بالتسبب، فقد اهتموا بالاشتراك المباشر؛ لأن الشريك المباشر يعاقب بعقوبة الحد والقصاص إذا ارتكب جريمة من هذا النوع، وقد أهملوا الاشتراك بالتسبب؛ لأن الشريك بالتسبب لا يعاقب بعقوبة الحد أو القصاص، وإنما يعزر، فجريمته دائما من جرائم التعازير، ولو أنه اشترك فى جريمة من جرائم الحدود أو القصاص .

---

(١) راجع الفقرة ٢٤٨ .

عوده والفقهاء بالرغم مما سبق لم يهملوا الاشتراك غير المباشر إهمالا كليًا، بل تعرضوا له فى أثناء بحث الجناية على النفس أو مادونها أى جرائم القتل والجرح؛ لأن هذه الجرائم ترتكب إما مباشرة وإما بالتسبب، والاشتراك غير المباشر نوع من التسبب وماذكره الفقهاء عن الاشتراك بالتسبب بمناسبة الكلام على القتل والجرح كاف على قلته لاستخراج القواعد العامة التى بنى عليها الفقهاء أحكام هذا النوع من الاشتراك. وسنرى فيما بعد أن هذه القواعد لاتختلف فى مجموعها عن قواعد الاشتراك بالتسبب فى أحدث القوانين الوضعية.

۞ 256 – الشريك المباشر و الشريك بالتسبب :

النتيجة العملية للتمييز بين الاشتراك بالمباشرة والاشتراك بالتسبيب فى فقهنا تظهر فى نوع العقوبة ومقدارها – فى جرائم الحدود والقصاص – تمشيا مع المبدإ الذى سار عليه الفقه فى تضييق نطاق تطبيق هذه العقوبات البدنية المقدرة، إذ إنهم جعلوا مبدأ التسوية بين الفاعل الأصلى والشريك فى العقوبة القصوى مقصورا على الشريك المباشر – لأنه فى الحقيقة يُعَدّ فاعلا مع الفاعل الأصلى فى الفقه المعاصر .

أما من يشترك بالتسبب (بالتحريض أو الاتفاق أو بالمساعدة) فالراجح عندهم هو أن عقوبته تكون تعزيرية فقط دائما، مع خلاف بين أبى حنيفة وغيره فى مدى هذه القاعدة، كما بينه .

ونحن نرجح رأى الفقهاء الذين خالفوا أبا حنيفة وقرروا المساواة فى العقوبة بين الشريك بالتسبب والفاعل الأصلى فى جرائم القصاص، لأنها عدوان مباشر على حرمة جسم الإنسان وحياته، ويجب عدم التساهل مع من يحرض عليها أو يتفق مع مرتكبها أو يساعده .. وهذا يُعَدّ استثناء من المبدإ الذى سرنا عليه دائما فى تضييق نطاق تطبيق القصاص لأنه من العقوبات البدنية، ونظيره فى الفقه الوضعى أن الشريك فى الجنايات كلها يستحق عقوبتها المقررة للفاعل الأصلى ..

كما نشير إلى ما ذكره (فى الفقرة ثانيا من البند 258) من اتجاه الفقه الإسلامى إلى عَدِّ الشريك بالتسبب فاعلا حقيقيا إذا كان الفاعل الأصلى مجرد أداة فى يده بسبب عدم تمييزه أو خضوعه لإرادته وسيطرته – وهذا استثناء آخر له نظير فى الفقه الوضعى مثل الاستثناء السابق .

ونحن نوافق على هذين الاستثناءين لحاجتنا إلى مزيد من الردع فى الجرائم الماسة بسلامة جسم الانسان وحياته .

<عوده> ٢٥٧ـ *شروط الاشتراك العامة* :- والاشتراك سواء كان مباشرا أو غير مباشر له شرطان عامان يجب توافرهما لعَدّ الاشتراك جريمة، وهذان الشرطان هما :

أولا – أن يتعدد الجناة، فإذا لم يتعددوا فليس هناك اشتراك مباشر، ولا غير مباشر.

ثانيا – أن ينسب إلى الجناة فعل محرم معاقب عليه، فإذا لم يكن الفعل المنسوب إليهم معاقبا عليه فليس هناك جريمة وبالتالى لا اشتراك .

المبحث الأول
فى الاشتراك المباشر

(عوده) ٢٥٨ ـ *اشتراك المباشرين* :ـ الأصل أن هذا النوع من الاشتراك يوجد فى حالة تعدد الجناة الذين يباشرون ركن الجريمة المادى، وهو ما نسميه اليوم بتعدد الفاعلين الأصليين أو اشتراك أكثر من فاعل أصلى فى الجريمة. ولكن الفقهاء يلحقون بهذا النوع من الاشتراك بعض صور الاشتراك بالتسبب ويجعلون حكمها واحدا ولو أن الشريك بالتسبب لا يباشر ركن الجريمة المادى بنفسه. وعلى هذا يُعَدّ مباشرا للجريمة :

أولا: من يرتكبها وحده أو مع غيره. فمن قتل إنسانا أو سرق متاعه فهو مباشر لجريمة القتل أو السرقة. وإذا اشترك اثنان أو ثلاثة فى القتل فأطلق كل منهم عيارا على المجنى عليه فأصابه إصابة قاتلة فكل منهم مباشر لجريمة القتل. وإذا سرقوا من حرز أمتعة لآخر فكل منهم سارق .

مسئولية المباشر فى حالتى التوافق والتمالؤ: يفرق أغلب الفقهاء بين مسئولية الشريك المباشر فى حالة التوافق وبين مسئوليته فى حالة التمالؤ. ففى حالة التوافق يسأل كل شريك عن نتيجة فعله فقط، ولايسأل عن نتيجة فعل غيره، كشخصين ضربا ثالثا فقطع أحدهما يده وقطع الثانى رقبته، فيسأل الأول عن القطع، ويسأل الثانى عن القتل. أما فى حالة التمالؤ فيسأل كل منهما عن القتل .

والتوافق معناه أن تتجه إرادة المشتركين فى الجريمة إلى ارتكابها دون أن يكون بينهم اتفاق سابق، بل يعمل كل منهم تحت تأثير الدافع الشخصى والفكرة الطارئة، كما هو الحال فى المشاجرات التى تحدث فجأة، فيجتمع لها أهل المتشاجرين دون اتفاق سابق، ويعمل كل منهم بحسب ما تمليه عليه رغبته الذاتية وفكرته الطارئة، ففى هذه الحالة وأمثالها يقال إن بين المشتركين توافقا، ولكن كلا منهم لايسأل إلا عن فعله فقط، ولايتحمل نتيجة فعل غيره .

أما التمالؤ فيقتضى الاتفاق السابق بين الشركاء المباشرين على ارتكاب الجريمة بمعنى أنهم يقصدون جميعا قبل ارتكاب الحادث الوصول إلى تحقيق غرض معين، ويتعاونون فى أثناء وقوع الحادث على إحداث ماإتفقوا عليه، فإذا اتفق شخصان على قتل ثالث، ثم ذهبا لتنفيذ الجريمة فضربه أحدهما بسكين فقطع أصبع يده، وذبحه الثانى، فإنهما يُعَدّان متمالئين على جريمة القتل، وكلاهما مسئول عن القتل لهذا التمالؤ .

<عوده> ولايفرق أبو حنيفة بين التوافق والتمالؤ، فحكمهما عنده واحد، والجانى لايسأل فى الحالين إلا عن فعله فقط(١) . أما بقية الأئمة فيفرقون بين التوافق والتمالؤ على الوجه الذى سبق بيانه(٢)، على أن بعض الفقهاء فى مذهب الشافعى وأحمد يأخذون برأى أبى حنيفة(٣) .

متى يعد الجانى شريكا مباشرا ؟ : يعد الجانى شريكا مباشرا كلما أتى فعلا يُعَدّ به أنه بدأ فى تنفيذ الجريمة، وهو يُعَدّ كذلك كلما أتى فعلا يُعَدّ معصية قاصدا به تنفيذ الجريمة، فهو يُعَدّ مباشرا للجريمة كلما عُدَّ شارعا فى تنفيذها بتعبيرنا العصرى سواء تمت الجريمة أو لم تتم؛ لأن تمام الجريمة أو عدم تمامها ليس له أثر على عَدِّه شريكا مباشرا، وإنما أثره قاصر على العقوبة، فإن تمت الجريمة وكانت حدا وجبت عقوبة الحد،وإن لم تتم وجبت عقوبة التعزير فقط، فإذا كانت الجريمة من جرائم التعزير فالعقوبة هى التعزير فى حالة التمام وعدم التمام .

وقد بينا من قبل أن نظرية الشريعة الإسلامية فى الشروع تتفق مع نظرية أصحاب المذهب الشخصى فى القوانين الوضعية(٤)، وهى النظرية السائدة فى معظم القوانين والتى يتجه إليها معظم الشراح. ونزيد هنا أن نظرية الشريعة فى الشريك المباشر قائمة على نفس الأساس الذى قامت عليه نظرية الشروع، ومن ثم فهى تتفق مع ماتأخذ به معظم القوانين الوضعية الحديثة ومنها القانون المصرى .

ثانيا : يُعَدّ مباشرا للجريمة الشريك المتسبب إذا كان المباشر آلة فى يده يحركه كيف يشاء، ولا خلاف بين الفقهاء على تقرير هذا المبدإ، ولكنهم يختلفون فى تطبيقه. فمن يأمر شخصا غير مميز أو شخصا حسن النية بقتل آخر فيقتله، فإن الآمر يُعَدّ فاعلا مباشرا للجريمة عند مالك والشافعى وأحمد ولو أنه لم يباشر الفعل المادى، لأن المأمور كان أداة فى يد الآمر يحركه كيف يشاء(٥). أما أبو حنيفة فلا يَعُدّ الآمر

---

(١) الزيلعى جـ ٦ ص ١١٤ ، البحر الرائق جـ ٨ ص ٣١٠ .

(٢) شرح الدردير جـ ٤ ص ٢١٧،٢١٨، نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٢٦١،٢٦٣، تحفة المحتاج جـ ٤ ص ١٤،١٥، حاشية البيجيرمى على المنهج جـ ٤ ص١٤٠، الإقناع جـ ٤ ص٧١.

(٣) المغنى جـ ٩ ص ٣٦٦، الشرح الكبير جـ ٩ ص ٣٣٥، المهذب جـ ٢ ص ٧١٦ .

(٤) راجع الفقرة ٢٥٠ .

(٥) الشرح الكبير للدردير جـ ٤ ص ٢١٦،٢١٨، المهذب جـ ٢ ص ١٨٩، الشرح الكبير جـ ٩ ص ٣٤٤ ، المغنى جـ ٩ ص ٣٣١ .

‹عوده› مباشرا إلا إذا كان أمره إكراها للمأمور، فإن لم يبلغ الأمر درجة الإكراه فهو شريك بالتسبب فقط وليس مباشرا ولا يأخذ حكم المباشر[1] .

وعَدُّ الشريك بالتسبب مباشرا هى نظرية محل خلاف بين القوانين الوضعية وبين الشراح، فمن القوانين والشراح من يأخذ بها ومنهم من لا يأخذ بها، وكان القانون المصرى يأخذ بهذه النظرية قبل سنة ١٩٠٤ حيث كان يعاقب الرئيس الآمر بالقتل والقادر على استعمال الوسائل الجبرية بحسبانه فاعلا أصليا لا شريكا للفاعل[2] . أما بعد سنة ١٩٠٤ فقد أصبح القانون المصرى يَعُدّ الآمر شريكا كما هو ظاهر النص، ولكن المحاكم المصرية لا تزال مع ذلك على عَدِّ الشريك المتسبب مباشرا متأثرة فى هذا بقوة النظرية ورجوح رأى مؤيديها، فكأن المحاكم المصرية تأخذ اليوم فى هذه المسألة بنظرية الشريعة الإسلامية .

---

(١) بدائع الصنائع جـ٧ ص ١٨٠

(٢) راجع المادتين ٢٢٣، ٢٢٤ من قانون العقوبات المصرى الصادر فى سنة ١٨٨٣.

257، 258 – شرط العقاب على الفعل الأصلي وعقوبة الشريك المباشر :

الشرط الأول الذى ذكره من الشروط العامة للعقاب على الاشتراك بنوعيه واضح وبديهى. أما الشرط الثانى، فإنه يحتاج إلى توضيح أكثر، لأن العقوبة فى الاشتراك إنما هى مستمدة من الصفة الإجرامية للفعل الأصلى الذى يعاقب عليه الفاعل للجريمة، عليه فإن انتفاء صفة الجريمة عن الفعل الذى ارتكبه الفاعل الأصلى يستلزم حتما انتفاء صفة الجريمة عن شركائه سواء كان اشتراكهم بالمباشرة أو بالتسبيب .

* * *

التمالؤ أقوى من مجرد التوافق، لأن فيه قصد التعاون على تحقيق نتيجة معينة يقصدها الطرفان، فهما يتحملان مسئوليتها بالتساوى ولو كان الفعل الذى أدى إليها منسوبا لأحدهما لأن الآخر كان متفقا على ذلك ومساعدا له وقاصدا أن يرتكب الفعل بنفسه لو اقتضى الأمر ذلك، ولذلك فإن الجريمة دخلت ضمن قصده الاحتمالى .

فى **الفقرة أولا** : نرى أن رأى أبى حنيفة فى عدم التفرقة فى العقوبة بين حالة الشريك المباشر بالتوافق أو التمالؤ، هو الذى أخذ به التشريع المصرى الحالى فى وضع نص خاص بجرائم التجمهر حيث يعاقب من يشاركون فى التجمهر على الجريمة التى يرتكبها أحدهم ولو لم يساهوا فيها مباشرة .

ولكن فى غير هذه الحالة فإننا نرجح التفرقة التى يأخذ بها الفقهاء الآخرون الذين يرون أن الشريك بالتوافق ليس مسئولا عن فعل غيره لأنه لم يكن لديه قصد المشاركة.

وتعليل العقوبة على الشريك فى الفعل فى حالة التمالؤ، هو أن وقوع الجريمة يدخل فيما يسمى "القصد الاحتمالى". فكل من يمالئ غيره فى العدوان يجب أن يتوقع أن يؤدى فعل الغير إلى نتائج خطيرة، ولذلك يعدونها دخلت فى نطاق القصد الاحتمالى.

وفى **الفقرة ثانيا** : نؤيد قوله إنه يرجح ما ذهب إليه الفقه الإسلامى من أن الشريك بالتحريض أو الاتفاق يُعَدّ فاعلا (أى شريكا بالمباشرة) إذا كان الفاعل الأصلى مجرد آلة فى يده لكونه غير مميز أو لأنه خاضع لإرادته أو سيطرته ..

عوده ٢٥٩ـ *عقوبة المباشرين* : القاعدة فى الشريعة أن تعدد الفاعلين لايؤثر على العقوبة التى يستحقها كل منهم لو كان قد ارتكب الجريمة بمفرده. فعقوبة من اشترك مع آخرين فى مباشرة جريمة هى نفس العقوبة المقررة لمن ارتكب الجريمة وحده، ولو أن الجانى عند التعدد لايأتى كل الأفعال المكونة للجريمة .

٢٦٠ـ *أثر ظروف المباشر على العقوبة* : وإذا كانت عقوبة الجريمة واجبة على كل مباشر وإن اشترك مع غيره، إلا أن عقوبة كل مباشر تتأثر بظروفه الخاصة. والأصل فى ذلك أن العقوبة المستحقة على كل جان تتأثر بصفة الفعل وصفة الفاعل، وقصد الفاعل. فقد يكون الفعل بالنسبة لأحد الجناة اعتداء، وبالنسبة للثانى دفعا لصائل أى دفاعا شرعيا. وبالنسبة للثالث تأديبا. وقد يكون أحد الفاعلين مجنونا، وأحدهم عاقلا، وقد يكون أحدهم عامداً، وأحدهم مخطئا. وكل هذا يؤثر على العقوبة؛ فمن كان فى حالة دفاع أو تأديب لا عقاب عليه إذا لم يجاوز حد الدفاع أو التأديب، ومن كان مجنونا فلا عقاب عليه، بخلاف العاقل المميز، ومن كان مخطئا نزلت عقوبته عن عقوبة العامد.

٢٦١ـ *هل تتأثر عقوبة الشريك بظروف شريكه* ؟: القاعدة فى الشريعة أنه إذا تأثرت عقوبة أحد الشركاء لصفة فى الفعل، أو لصفة فى الفاعل أو لقصد الفاعل، فإن عقوبة الشريك الآخر الذى لم تتوافر له هذه الصفات لا تتأثر بفعل غيره أو صفته أو قصده. فإذا جرح شخص آخر دفاعا عن نفسه، وتعمد ثالث جرحه بقصد قتله، فمات من الجرحين، فإن الجانى الأول يعفى من العقاب؛ لأن وجوده فى حالة دفاع شرعى أباح له الفعل، ويعاقب الثانى بعقوبة القتل العمد؛ لأن فعله عدوان متعمد، ولايؤثر على عقوبته أنه اشترك فى القتل مع من يباح له القتل؛ لأن إعفاء الأول كان لصفة فى فعله لم تتوافر فى فعل الثانى. وإذا اشترك مجنون مع عاقل فى ارتكاب جريمة، أعفى الأول من العقوبة لجنونه، وعوقب الثانى بالعقوبة المقررة للجريمة دون أن يكون للإعفاء الأول أثر على عقوبة الثانى، إذ الإعفاء أساسه معنى أو صفة توافرت فى الأول ولم تتوافر فى الثانى . والأب حين يشترك مع غيره فى قتل ولده لايقتص منه، ولكن الغير يقتص منه؛ لأن أساس إعفاء الأب صفة الأبوة فى الأب، وهى صفة خاصة به لاتتوافر فى شريكه فلا يستفيد منها الشريك. والعامد والمخطئ إذا اشتركا فى جريمة قتل عوقب كل منهما على أساس قصده، فعلى العامد عقوبة العمد، وعلى المخطئ عقوبة الخطإ، ولا تتأثر عقوبة الأول بتخفيف عقوبة الثانى؛ لأن أساس التخفيف انعدام قصد الجانى وهو معنى لا يتوافر فى العامد[1] .

(١) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٤٢، الشرح الكبير للدردير جـ ٤ ص ٢١٨، ٢١٩، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٤٣٩، البحر الرائق جـ ٨ ص ٣٠١، نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٢٦٢ ومابعدها، المهذب جـ ٢ ص ٢٩٧، المغنى جـ ٩ ص ٣٧٣،٣٧٩ ومابعدها .

<عوده> هذه هي القاعدة الأساسية في الشريعة الإسلامية، ولا خلاف عليها بين الفقهاء. وإذا كانوا قد اختلفوا عند تطبيق القاعدة على جرائم الحدود والقصاص، فإن الخلاف ليس في الواقع على تطبيق هذه القاعدة، وإنما الخلاف على تطبيق قاعدة أخرى هي قاعدة درء الحدود بالشبهات. كما أن الخلاف محصور في الحالات التي يحتمل فيها أن يكون فعل أحد المباشرين هو الذي أدى إلى النتيجة المعاقب عليها دون فعل الآخر أو الآخرين، كحالة القتل من مخطئ وعامد ومن مدافع ومعتد، ومن مجنون وعاقل، ومن صبي وبالغ، ومن عمل الطبيب وعدوان الجاني . اختلفوا في هذه الحالات وأمثالها؛ لأن فعل الشريكين أدى للقتل، ومن المحتمل أن يكون فعل أحدهما هو الذي أدى للقتل دون فعل شريكه، فرأى البعض في قيام هذا الاحتمال شبهة درأ على أساسها الحد عن الشريك الآخر، ورأى البعض أن لاشبهة فلم يدرأ الحد وعاقب كلا بعقوبته المستحقة عليه. فالخلاف إذن ليس على القاعدة الأصلية، وإنما هو على قاعدة درء الحدود بالشبهات، وإن كانت النتيجة العملية عند من يدرأ الحد أن الشريك يتأثر بظروف شريكه عملا سواء كانت هذه الظروف قائمة على صفة الفعل أو صفة الفاعل أو قصده.

ونظرية الشريعة في عدم تأثر عقوبة الشريك المباشر بظروف شريكه تتفق تمام الاتفاق مع النظرية التي أخذ بها قانون العقوبات المصري، وهي النظرية السائدة في القوانين الوضعية. فالقانون المصري ينص على أنه "إذا وجدت أحوال خاصة بأحد الفاعلين تقتضي تغيير وصف الجريمة أو العقوبة بالنسبة له، فلا يتعدى أثرها إلى غيره منهم. وكذلك الحال إذا تغير الوصف باعتبار قصد مرتكب الجريمة أو كيفية علمه بها"[1] .

---

(١) راجع المادة ٣٩ من قانون العقوبات المصري .

۞ 259 - 261- تعدد المباشرين وأثر الاعتبارات الشخصية :

حالة تعدد المباشرين (الفاعلين الأصليين فى جريمة واحدة) كانت محل نقاش طويل فى فقهنا؛ وانتهى الجمهور إلى ترجيح قتل الجماعة بالواحد طالما أنهم جميعا شاركوا بالمباشرة. وكان سبب الجدل فى هذا الصدد هو أن القصاص يفترض التماثل بين الجريمة والعقوبة. فقد ظن البعض أنه مادام المجنى عليه المقتول واحدا، فإن قتل جماعة قصاصا يخل بمبدإ التماثل بين الجريمة والعقوبة. وهذا الرأى له وجاهته فى العصر الحاضر، ويؤيده من يطالبون بإلغاء عقوبة الإعدام، لأنه يقلل من حالات الحكم بها قصاصا. ولكن يبقى التعزير واجبا فى جميع الأحوال، إذا امتنع القصاص طبقا لهذا الرأى.

* * *

أهم الصفات الشخصية هى ما يتعلق بالمسئولية، لأنه قد يكون هناك موانع مسئولية أو موانع عقوبة خاصة بأحد المشاركين. وهنا لايتأثر بها الآخرون سواء كانوا فاعلين أو شركاء، أى مباشرين أو متسببين، لأن أثرها لا يمتد إليهم. فلو ثبت أن أحد الفاعلين (الشركاء المباشرين) كان مجنونا أو ناقص الأهلية لسبب من الأسباب، أو توافر لديه قصد لم يتوافر لدى غيره، أو كان فى حالة دفاع شرعى لا شأن لغيره بها، فلا يتأثر هذا الغير بها .

وتحفظه المتعلق بمراعاة مبدإ درء الحدود بالشبهات وضرورة التوسع فيه هو فى محله، ولا يجوز تجاوز هذه القاعدة فى جرائم الحدود بل والقصاص كذلك .

المبحث الثانى
فى الاشتراك بالتسبب

<عوده> ٢٦٢ـ *الشركاء المتسببون* : يُعَدّ شريكا متسببا من اتفق مع غيره على ارتكاب فعل معاقب عليه، ومن حرض غيره أو أعانه على هذا الفعل. ويشترط فى الشريك أن يكون قاصدا الاتفاق أو التحريض أو الإعانة على الجريمة .

٢٦٣ـ *شروط الاشتراك بالتسبب* : ويستخلص مما سبق أن الاشتراك بالتسبب لا يوجد إلا إذا توافرت ثلاث شروط : أولها، فعل معاقب عليه هو الجريمة . وثانيها، وسيلة لهذا الفعل، وهى اتفاق أو تحريض أو إعانة . وثالثها، أن يكون الشريك قاصدا من وسائله وقوع الفعل المعاقب عليه . وسنتكلم على هذه الشروط واحدا بعد الآخر فيما يلى :

الشرط الأول : الفعل المعاقب عليه : يشترط لوجود الاشتراك أن يكون هناك فعل معاقب عليه، وأن يقع هذا الفعل. وليس من الضرورى أن يقع الفعل تاما، بل يكفى لمؤاخذة الشريك أن يكون الفعل غير تام أى شروعا معاقبا عليه. وليس من الضرورى أن يعاقب الفاعل المباشر ليعاقب الشريك، فقد يكون المباشر حسن النية فلا يعاقب ويعاقب الشريك، وقد يعفى الفاعل من العقوبة لصغره أو لجنونه ويعاقب الشريك .

الشرط الثانى : يجب أن يكون الاشتراك باتفاق أو تحريض أو إعانة :

أ – الاتفاق : يفرق أغلب الفقهاء كما ذكرنا[1] بين التوافق والاتفاق أى التمالؤ. فالتوافق هو توارد خواطر أكثر من شخص على ارتكاب جريمة ما دون اتفاق فيما بينهم. ولا يُعَدّ (المتوافقون) شركاء بالتسبب، وإنما يمكن عَدُّهم شركاء بالمباشرة إذا ارتكبوا الفعل المحرم .

أما الاتفاق، فيقتضى تفاهما سابقا على ارتكاب الجريمة بين الشريك المتسبب والشريك المباشر، كما يقتضى اتجاه إرادتيهما واتحادهما على ارتكاب الجريمة. فإذا لم يكن هناك اتفاق سابق، فلا اشتراك. وإذا كان هناك اتفاق سابق ولكن على غير الجريمة التى ارتكبت، فليس هناك اشتراك. فمن اتفق مع آخر على سرقة جاموسة شخص معين فذهب المباشر وضرب صاحب الجاموسة أو سرق جاموسة شخص آخر، فلا اشتراك. ولكن انعدام الاشتراك لا يمنع من العقاب على الاتفاق مستقلا؛ لأنه معصية .

---

(١) راجع الفقرة ٢٥٨ .

ولقيام الاشتراك يجب أن تقع الجريمة نتيجة للاتفاق. فإذا وقعت الجريمة المتفق عليها ولكن لم يكن وقوعها نتيجة الاتفاق، فلا اشتراك. فمن اتفق مع آخر على قتل ثالث، وبعد اتفاقهما وقبل حلول الموعد المحدد لارتكاب الجريمة علم الثالث بما دبر له؛ فذهب إلى الموكل بمباشرة الجريمة وحاول أن يقتله، فقتله الآخر دفاعا عن نفسه، فلا مسئولية على المباشر؛ لأنه كان فى حالة دفاع عن النفس، ولكنه هو ومن اتفق معه مسئولان عن اتفاقهما على ارتكاب جريمة القتل ولو لم تنفذ هذه الجريمة؛ لأن الاتفاق على ارتكاب الجريمة معصية فى ذاته سواء وضع موضع التنفيذ أو لم يوضع .

نظرية لمالك : و يَعُدّ مالك من اتفق مع آخر على ارتكاب جريمة وحضر فى أثناء ارتكابها أنه شريك مباشر لا شريك متسبب، ولو أنه لم يباشر الجريمة ولم يُعِن المباشر إذ كان بحيث إذا لم يباشرها غيره باشرها هو. وهذه نظرية مالك فى الشريكَ المتسبب على الإطلاق، سواء كانت وسيلة التسبب الاتفاق أو التحريض أو الإعانة[1]. وينفرد مالك بهذه النظرية فلا يوافقه عليها غيره من الفقهاء .

ب – التحريض : يقصد بالتحريض إغراء المجنى عليه بارتكاب الجريمة. والمفروض أن يكون الإغراء هو الدافع لارتكاب الجريمة. فإذا كان من وجه إليه الإغراء سيرتكب الجريمة ولو لم يكن إغراء ولا تحريض، فلا يمكن القول بأن التحريض هو الذى دفع الجانى للجريمة. وسواء كان للتحريض أثر أو لم يكن، فإنه يجوز طبقا لقواعد الشريعة العقاب على التحريض مستقلا؛لأن التحريض على ارتكاب الجريمة معصية وأمر بإتيان المنكر .

و يُعَدّ تحريضا: الأمر بالقتل، والإكراه على القتل. والفرق بين الأمر والإكراه أن الأمر لا يؤثر على اختيار المأمور فيكون فى وسعه أن يأتى الجريمة أو يتركها، أما المكره فليس كذلك؛ لأن الإكراه يؤثر على اختياره وليس فى وسعه أن يختار إلا بين شيئين : إما إتيان الجريمة، وإما قبول ما يهدد به والصبر عليه .

وإذا كان الآمر ذا سلطان على المأمور كسلطان الأب على ولده الصغير والمعلم على تلميذه، فقد يبلغ الأمر درجة الإكراه. وإذا لم يكن المأمور صغيرا ولا معتوها ولا مجنونا، ولم يكن للآمر عليه سلطان فليس الأمر إلا تحريضا عاديا قد ينتج أثره وقد لا ينتجه .

ويفرقون فى حالة وجود سلطان للآمر بين المميز وغيره. فإن كان المأمور غير مميز، ولا يمكنه أن يخالف الآمر فهو أداة للآمر ولو أنه باشر الجريمة، و يُعَدّ الآمر هو المباشر لها ولا يُعَدّ فى هذه الحالة شريكا بالتسبب[2] .

---

(١) شرح الزرقانى جـ ٨ ص ١٠، مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٤٢ .

(٢) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٦، ٢١٨، المهذب جـ ٢ ص ١٨٩، المغنى جـ٩ ص ٣٣١، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٨٠ .

<عوده> ويرى مالك أن المحرض إذا حضر فى محل الجريمة فى أثناء مباشرتها يُعَدّ فاعلا أصليا سواء ساعد المباشر أو لم يساعده،بشرط أن يكون بحيث إذا لم يباشر غيره الجريمة باشرها هو .

جـ - الإعانة : يُعَدّ شريكا فى الجريمة بالتسبب من أعان غيره على ارتكابها ولو لم يتفق معه على ارتكابها من قبل. فمن يرقب الطريق للقاتل أو السارق يُعَدّ معينا له، ومن يستدرج المجنى عليه لمحل الحادث ثم يتركه لغيره يقتله أو يسرقه فهو معين للقاتل أو السارق، ومن ينتظر خارج محل السرقة ليساعد الجانى أو الجناة فى نقل المسروقات يُعَدّ معينا لهم .

ويميز الفقهاء بين المباشر والمعين. فالمباشر هو الذى يأتى الفعل المحرم أو يحاول إتيانه. أما المعين فلا يباشر نفس الفعل ولايحاول مباشرته، وإنما يعين المباشر بأفعال لا صلة لها بذات الفعل المحرم ولا يُعَدّ تنفيذا لهذا الفعل .

وقد اختلف الفقهاء فى حكم من أمسك إنسانا ليقتله ثالث. فرأى البعض أن الممسك شريك معين وليس مباشرا للقتل، وهو رأى أبى حنيفة والشافعى، ورأى فى مذهب أحمد؛ وحجتهم أن الممسك إذا كان تسبب بفعله فى القتل إلا أن الآخر هو الذى باشره، والمباشرة تتغلب على السبب إذا لم يكن ملجئا. ورأى البعض أن الممسك والقاتل كلاهما مباشر للقتل، وهذا رأى مالك والرأى الثانى فى مذهب أحمد؛ وحجتهم أن القاتل باشر القتل والممسك تسبب فيه، وأن المباشرة والسبب تساويا فى إحداث نتيجة الفعل وهى القتل، ولم يكن فى الإمكان أن تحدث هذه النتيجة لو لم يكن أحد الفعلين[1] .

والخلاف بين الفقهاء لا يرجع إلى عَدِّ هذا معينا وذاك مباشرا، فلا خلاف بينهم فى تعريف المعين والمباشر، وإنما الخلاف يرجع إلى تطبيق القواعد التى تبين الطريقة التى ارتكبت بها الجريمة، وهل هى المباشرة أو التسبب[2] . هذه القواعد تلخص فى أن المباشرة إذا اجتمعت مع السبب لا تخرج عن حالات ثلاث :

---

(١) الشرح الكبير للدردير جـ ٤ ص ٢١٧، البحر الرائق جـ ٨ ص ٣٤٥، نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٢٤٤، الشرح الكبير جـ ٩ ص ٢٣٣ .

(٢) راجع الفقرة ٣١٤ ومابعدها .

الأولى : أن يتغلب السبب على المباشرة، ويحدث ذلك إذا لم تكن المباشرة عدوانا، كشهادة الزور على المتهم بالقتل والحكم عليه بناء على هذه الشهادة .

الثانية : أن تتغلب المباشرة على السبب، ويكون ذلك كلما قطعت المباشرة عمل السبب ولم يكن السبب ملجئا، كمن ألقى بآخر فى لجة لا تستطاع النجاة منها فلقيه ثالث فى اللجة فقتله .

الثالثة : أن يعتدل السبب والمباشرة، ويكون ذلك كلما تساوى عملهما كالإكراه على القتل. فإن المكره هو الذى يحرك المباشر ويحمله على ارتكاب الحادث، ولولا الأول لما فعل الثانى شيئا، ولولا فعل الثانى ما أدى الإكراه للقتل .

فالخلاف واقع فى تطبيق هذه القواعد لا فى غيرها. إذ الممسك يُعَدّ متسببا فى القتل والثانى مباشرا له، فقد اجتمعت إذن مباشرة وتسبب. فمن عَدّ الممسك شريكا مباشرا فقد رأى أن المباشرة اعتدلت مع السبب وتساوى عملهما، ومن عَدّ الممسك شريكا بالتسبب فقد رأى أن المباشرة تغلبت على السبب، وأن عمل الممسك يُعَدّ إعانة على القتل لا مباشرة له.

ويُعَدّ مالك المعين شريكا مباشرا فى حالة التمالؤ على الجريمة، أى فى حالة الاتفاق السابق على الجريمة إذا حضر المعين محل الحادث، أو كان على مقربة منه، بحيث لو استعين به على ارتكاب الجريمة لم يتأخر عن ارتكابها . فإذا لم يكن هناك اتفاق سابق على الجريمة، وإذا حضر المعين محل الحادث ولم يكن على استعداد لارتكاب الجريمة لو استعين به، فهو شريك بالتسبب فقط . أما بقية الفقهاء فيَعُدُّون المعين شريكا بالتسبب فى كل الحالات مادام أنه لم يباشر تنفيذ الجريمة .

الشرط الثالث : أن يكون الشريك قاصدا من وسائله وقوع الفعل المعاقب عليه : ويشترط أن يقصد الشريك من اتفاقه أو تحريضه أو عونه وقوع جريمة معينة، فإن لم يقصد جريمة بعينها فهو شريك فى كل جريمة تقع ما دامت تدخل فى قصده المحتمل. فإذا لم يقصد الشريك جريمة ما، أو قصد جريمة معينة فارتكب الجانى غيرها فلا اشتراك. فمن أعطى إنسانا فأسا ليعزق بها أرضه فقتل بها آخر، فلا يُعَدّ أنه أعان القاتل على القتل. ومن حرض إنسانا على ضرب آخر فأتلف زراعته لا يُعَدّ شريكا فى جريمة الإتلاف. على أن

<عوده> عدم مسئولية المحرض بحسبانه شريكا لا يمنع من مسئوليته عن التحريض على الضرب ولو لم تقع الجريمة المحرض عليها؛ لأن التحريض فى ذاته معصية أى جريمة .

٢٦٤ـ *علاقة السببية بين الاشتراك والجريمة* : لا يُعَدّ الاشتراك موجودا إلا إذا كان بينه وبين وقوع الجريمة علاقة السببية المباشرة. فإذا كانت وسيلة الاشتراك هى الاتفاق وجب أن تقع الجريمة نتيجة لهذا الاتفاق، فإن لم تكن الجريمة نتيجة الاتفاق فلا اشتراك. وإذا كانت وسيلة الاشتراك التحريض وجب أن تقع الجريمة نتيجة التحريض، فإن وقعت نتيجة لغير التحريض أو لم يكن للتحريض أثر فى نفس المباشر فلا اشتراك. ويجب أن يكون بين الإعانة ووقوع الجريمة علاقة السببية، فمن استدرج إنسانا إلى مكان معين ليقتله آخر فلم يجد القاتل فى المكان المتفق عليه فتركه يعود لمنزله، ثم جاء الجانى بعد ذلك فلما علم بما حدث ذهب إلى المجنى عليه وقتله فى منزله، ففى هذه الحالة لايسأل المعين بعَدِّه شريكا لانعدام علاقة السببية بين فعله ووقوع الجريمة. وانعدام الاشتراك لا يمنع من العقاب على الاتفاق والتحريض والإعانة بعَدِّها معاصى، أى جرائم مستقلة بذاتها، ولا يتوقف العقاب عليها على تنفيذ الجريمة التى قصدت منها .

❁ 262- 264 – شروط العقاب على الاشتراك (بالتسبب) :

الشروط الثلاثة للاشتراك بالتسبب تشير إلى ضرورة توافر الركن المادى للجريمة التى ارتكبها الفاعل الأصلى، مع وجود فعل ارتكبه الشريك بمساعدته للفاعل أو الاتفاق معه عليه أو تحريضه، وأن يكون لديه قصد جنائى لأن الاشتراك كالشروع لاعقاب عليه إلا فى الجرائم العمدية .

وقد أشار إلى تفصيل دقيق فيما يخص التحريض. فقد عَدَّه فقهاؤنا جريمة مستقلة يمكن التعزير عليها حتى ولو لم يترتب عليها قيام أحد بتنفيذ الفعل الإجرامى، وذلك لخطورة الدعوة للجرائم واحتمال وقوع الفعل نتيجة لهذه الدعوة. وبذلك، يعاقب المحرض على مجرد الاحتمال لما يترتب عليه من تعريض المجتمع لوقوع الجرائم .

وهناك موضوع آخر سبق أن أشار إليه؛ وهو عَدُّ المحرض فاعلا للجريمة مع الفاعل الأصلى لا مجرد شريك له فى حالة ما إذا كان الفاعل خاضعا لسيطرته لكونه غير مميز أو تابع له خاضع لسلطته.

وقد بلغ من دقة فقهائنا أن الإمام مالكا يفرق بين درجات التحريض، فيرى أن حضور المحرض فى مكان الجريمة فى أثناء ارتكابها يجعله فاعلا (مباشرا) وليس مجرد شريك بالتحريض متى تبين أن حضوره كان للتأكد من تنفيذ الجريمة بحيث إذا تردد من حرضه أو تراجع عن ارتكابها باشرها هو بنفسه ..

وهناك تفصيلات أخرى أشار إليها تؤكد مدى ما وصل إليه الفقه من دراسة صور مختلفة من المساعدة وعَدُّ بعضها دليلا على المباشرة التى تجعل المساعد فاعلا (بالمباشرة).

وهنا ملاحظة مهمة (فى نهاية البند 264) تستحق التأمل والإنصاف. ذلك أنه سبق له أن بين أن المبدأ الذى سار عليه فقهنا هو أن الاشتراك يعاقب عليه كجريمة تعزيرية متميزة (مثل الشروع أيضا)، وهذا المبدأ مكنهم من التمييز بين درجات مختلفة من التحريض ومن المساعدة؛ و عَدُّ بعضها نوعا من المشاركة يجعل المسئول عنها فاعلا لا مجرد شريك للفاعل الأصلى بلغة القانون المعاصر .

إن الفقه الوضعى المعاصر يسير على مبدإ مختلف إذ إنه يَعُدّ مسئولية الشريك فى جميع الصور تابعة لمسئولية الفاعل الأصلى، ولذلك يطبَّق عليه مبدأ واحد فى الأحوال التى يفرق القانون فيها بين عقوبة الفاعل والشريك، ويجعلون عقوبة الشريك أخف من عقوبة الفاعل الأصلى فى كثير من الأحوال .

❁ فقهنا يَعُدّ الاشتراك معصية فى ذاها :

إن عَدَّ الاشتراك معصية فى ذاته مكّن فقهاءنا من إجازة التعزير على المحرض أو المساعد حتى ولو ثبت أنه لا توجد علاقة سببية بين فعله وبين تنفيذ الجريمة فعلا، متى تبين أن ما قام به كان معصية وكان كافيا للتدليل على قصده وسلوكه الإجرامى.

ثم إن عَدَّ الاشتراك جريمة تعزيرية يفسح للقاضى المجال فى تقدير عقوبة كل محرض وكل مساعد على الجريمة مراعيا فى ذلك أهمية ما قام به فى الجريمة ومدى دلالتها على القصد الإجرامى ودوره فى المشروع الذى أدى إلى ارتكاب الجريمة .. وهذا المبدأ الشرعى يمكّن القاضى من فرض عقوبة مناسبة مهما قلّت على من بدرت منه أعمال التحريض أو المساعدة ولو كانت تافهة، لأن فى إمكانه أن يجعل الجزاء فى أدنى درجات التعزير، مثل التأنيب والتوبيخ وما إلى ذلك من صور التعزير التى يمكن وصفها بأنها مجرد تأديب وليست عقوبة جنائية .

﴿عوده﴾ ٢٦٥ ـ *هل يكون الاشتراك بعمل سلبى؟* : وسائل الاشتراك هى الاتفاق والتحريض والإعانة. والاتفاق والتحريض وسيلتان إيجابيتان بطبيعتهما، ولا يتصور نسبة الاتفاق والتحريض لمن لم يتفق ومن لم يحرض. أما الإعانة، فتحتمل بطبيعتها أن تكون سلبية، كمن رأى جماعة يسرقون منزلا فسكت عنهم، أو رآهم يقتلون آخر فلم يمنعهم عنه، أو رأى رجلا يلقى بصغير لا يحسن العوم فى نهر فلم يمنعه ولم ينقذ الصغير. فهل يُعَدّ السكوت فى هذه الأحوال وأمثالها إعانة يؤاخذ عليها أم لا ؟ أغلب الفقهاء لا يرون فى هذه الحالات وأمثالها إعانة لمن باشر الجريمة؛ لأن السكوت، وإن أمكن عَدّه عونا من الناحية الأدبية، إلا أنه لا يمكن عَدّه اشتراكا بالتسبب وإعانة على الجريمة من الناحية الشرعية، إذ الإعانة المعاقب عليها تقتضى التفاهم بين المعين والمباشر، كما تقتضى أن يقصد الشريك من إعانته حدوث الجريمة، وأن تؤدى الإعانة إلى حدوثها. والسكوت على المجرمين فى حالة من يرى جريمة ترتكب فلا يمنع من ارتكابها، السكوت فى هذه الحالة لا يقوم على تفاهم، وإنما قد يكون نتيجة الخوف أو عدم المبالاة. كما أن الساكت لا يقصد من سكوته حدوث الجريمة، وليس بين سكوته وبين ارتكاب الجريمة علاقة السببية التى يجب توافرها بين عون المعين ووقوع الجريمة. ولكن بعض الفقهاء لا يأخذون بهذا الرأى، ويفرِّقون بين القادر على منع الجريمة، ومن لا يقدر على منعها. فأما من يقدر على منع الجريمة أو إنجاء المجنى عليه من الهلكة، فهو مسئول جنائيا عن سكوته، و يُعَدّ مشاركا فى الجريمة وعينا للجناة، وأما من لايقدر على منع الجريمة أو إنجاء المجنى عليه من الهلكة فلا مسئولية عليه إذا سكت، ولا يُعَدُّ معينا على الجريمة حيث لم يكن فى إمكانه أن يفعل شيئا، والله لايكلف نفسا إلا وسعها[1] .

٢٦٦ ـ *عدول الشريك وأثره* : إذا عدل الشريك عن اتفاقه مع المباشر أو تحريضه له، أو عدل عن تقديم العون إليه، ثم وقعت الجريمة بالرغم من ذلك، فمن السهل فى حالة الاتفاق والإعانة إعفاء الشريك من عقوبة الجريمة التى وقعت؛ لأن ماحدث منه لم يكن سببا فى وقوع الجريمة، أما فى حالة التحريض فمن الصعب القول بإعفاء الشريك من العقاب، إلا إذا أثبت المحرض أنه أزال كل أثر لتحريضه، وأن المباشر ارتكب الجريمة وهو غير متأثر بتحريض الشريك. على أن هذا لا يمنع من العقاب على الاتفاق والتحريض بحسبان كل منهما معصية فى ذاته وبغض النظر عن الجريمة التى وقعت، كما أن هذا لا يمنع من العقاب على العون الذى قدم كلما كان معصية.

---

(١) المغنى جـ ٩ ص ٥٨٠، ٥٨١ .

<عوده> ٢٦٧ - *عقوبة الشريك المتسبب* :- القاعدة فى الشريعة أن العقوبات المقدرة جعلت لمباشرة الجريمة دون الشريك المتسبب. وتطبيق هذه القاعدة يقتضى أن من اشترك فى جريمة من جرائم الحدود أو القصاص لا يعاقب بالعقوبة المقررة للجريمة أيا كانت وسيلة الاشتراك، أى سواء كان الاشتراك بالاتفاق أو التحريض أو العون، وإنما يعاقب بالتعزير.

والعلة فى اختصاص هذه القاعدة بجرائم الحدود والقصاص أن العقوبات المقررة لهذه الجرائم بالغة الشدة، وأن عدم مباشرة الشريك المتسبب للجريمة يُعَدّ شبهة تدرأ عنه الحد؛ ولأن الشريك المتسبب أيا كان الحال أخف جرما وأقل خطرا من مباشر الجريمة، ومن ثم لم تستو عقوبتهما.

لكن إذا كان فعل الشريك المتسبب بحيث يجعله فى حكم المباشر، كما لو كان المباشر مجرد أداة فى يد الشريك المتسبب، فإن الأخير يعاقب فى هذه الحالة بعقوبة الحد أو القصاص؛ لأنه يُعَدّ شريكا مباشرا لا شريكا متسببا.

وقد عرفنا نظرية مالك التى تَعُدّ الشريك المتسبب أيا كانت وسيلة الاشتراك شريكا مباشرا إذا حضر تنفيذ الجريمة، وكان بحيث إذا لم ينفذها غيره نفذها هو، أو اشترك مع غيره فى تنفيذها. وبمقتضى هذه النظرية، يعاقب الشريك المتسبب بعقوبة الحد والقصاص كلما عُدّ شريكا مباشرا.

أما جرائم التعازير، فنستطيع أن ننظر إليها من وجهين :

١ – فإذا قسناها على جرائم الحدود والقصاص، وجب ألاّ نسوى بين عقوبة الشريك المباشر وعقوبة الشريك المتسبب، ووجب أن نجعل عقوبة الأخير أخف من عقوبة الأول. ويمكن تعليل هذا الرأى بأن القواعد التى تنطبق على جرائم الحدود والقصاص، هى نفس القواعد التى تنطبق على جرائم التعازير فى الغالب، وأن الشريك المتسبب أقل خطرا وأخف جرما من الشريك المباشر، فلا معنى للتسوية بين مختلفين .

٢ – وإذا قلنا : إن القاعدة خاصة بجرائم الحدود والقصاص، وإن سبب التفريق بين الشريك المباشر والشريك المتسبب هو شدة العقوبة، وجب أن نقول إن جرائم التعازير لا يفرَّق فيها بين عقوبة الشريك المباشر والشريك المتسبب، وهذا هو الذى نرجحه؛ لأن جريمة كل من الشريكين جريمة تعزيرية والعقوبة المقررة عليها عقوبة تعزيرية، والشريعة لا تفرق بين جريمة تعزيرية وأخرى، ولا تحدد لكل جريمة عقوبة بعينها، وتترك للقاضى أن يختار العقوبة المناسبة للجريمة والمجرم. كذلك فإن عقوبات التعزير غير مقدرة أى غير ثابتة، ومادامت العقوبة غير ثابتة وتقديرها متروك للقاضى فمن الصعب وضع حدود لعقوبة المباشر والمتسبب، كما أنه لا فائدة عملية ترجى من وراء وضع هذه الحدود .

ويترتب على هذا الرأى أنه يصح أن تزيد عقوبة الشريك المتسبب على عقوبة الشريك المباشر، كما يصح أن تقل عنها أو تساويها؛ لأن عقوبات التعازير ذات حدين فى الغالب، وللقاضى حرية تقدير العقوبة من بين الحدين مراعيا فى التقدير ظروف المجرم والجريمة. فإذا رأى القاضى أن ظروف الشريك المباشر تقتضى استعمال الرأفة خفف عنه، وإذا رأى أن ظروف الشريك المتسبب تقتضى استعمال الشدة غلظ عقوبته. ويستطيع القاضى على هذا الأساس أن يرفع عقوبة أحد الشريكين إلى الحد الأعلى، أو أن يترل بها إلى الحد الأدنى، كما يستطيع أن يسوى بين عقوبة الشريكين إذا رأى أن الظروف تقتضى بالتسوية بينهما . عوده

ما أشرنا إليه من مرونة أحكام التعازير وتوسيع سلطة القضاء فى التقدير على النحو الذى وصل إليه فقهنا، مكن بعض الفقهاء من إجازة تعزير من يمتنع عن القيام بما يوجبه خلق المروءة والشعور الإنسانى من المبادرة إلى منع الفاعل من إتمام جريمته، وكذلك من يعدل عن تقديم المساعدة فى مرحلة التنفيذ قبل إتمام الجريمة وخاصة فى الجرائم الخطيرة كالقتل - فإن الموقف السلبى يدل على خطورة الشريك حتى ولو ثبت أنه لم يكن متواطئا مع الفاعل الأصلى كما هو الحال فى الصور التى أشار إليها.

كما أننا نشير إلى أن الذى مكن فقهاءنا من هذه الدقة المتناهية، هو ما قدمناه من أن "التعزير" أوسع نطاقا من العقوبة الجنائية لأنه يصل إلى حد اتخاذ تدابير الوقاية أو التأديب والتهذيب التى لا نرى أنها توصف بأنها عقوبة جنائية .

* * *

لقد سار الفقه على مبدإ التضييق فى مجال تطبيق العقوبات البدنية فى الحدود والقصاص، وكنا دائما حريصين على هذه القاعدة فى حاشيتنا، لكن عرضه للآراء المختلفة فى الفقه وخاصة فى جريمة القتل جعلنا نلاحظ أن بعض الفقهاء لم يلتزموا بهذا المبدإ فى صور كثيرة من صور الاشتراك فى جريمة القتل بالذات، فعَدُّوا بعض أعمال التحريض وبعض صور المساعدة مسوِّغة لمعاقبة الشريك بحسبانه (مباشرا)، أى فاعلا مع الفاعل الأصلى المنفذ للجريمة - مما يؤدى إلى توقيع عقوبة القصاص عليه- وسوَّغوا ذلك بضرورة الردع والزجر عن ارتكاب هذه الجريمة التى تهدد أعز حقوق الإنسان وأغلاها لديه وهو حقه فى الحياة والبقاء . ولذلك فإننا قد أيدنا هذا الاتجاه برغم ما لاحظناه من أنه يتجاوز عن مبدإ عدم التوسع فى العقوبات البدنية، وإن كنا نفضل أن يترك الأمر لتقدير القضاء - إذا رأى الاكتفاء بالتعزير .

ومجال التعازير واسع يمكن القضاء من اختيار الجزاء المناسب لظروف الفعل والظروف الشخصية للمتهم .

<عوده> ٢٦٨ ـ *أخذ الشريك بقصده الاحتمالي* : ويسأل الشريك المتسبب عن الجريمة التي ارتكبها الشريك المباشر، ولو كانت أشد من الجريمة التي قصدها الشريك المتسبب، ما دامت الجريمة التي وقعت نتيجة محتملة لاشتراكه، وكان من الممكن توقع حصولها نتيجة لتنفيذ الجريمة المقصودة. فمن حرض شخصا على ضرب آخر فضربه ضربة أدت لوفاته، فالشريك المتسبب لا يسأل عن الضرب فقط وإنما يسأل عن القتل شبه العمد؛ لأن القتل كان نتيجة محتملة الوقوع لتنفيذ جريمة الضرب. وإذا ضربه فأحدث به إصابة أدت لبتر يده أو شللها، فالشريك المتسبب مسئول عن جريمة إبانة الطرف أو إذهاب معناه؛ لأن هذا من النتائج المتوقعة للضرب .

٢٦٩ ـ *أثر ظروف الشريك المباشر على الشريك المتسبب* : قد تتأثر عقوبة الشريك المتسبب بالظروف التي تؤثر على عقوبة الشريك المباشر، وقد لاتتأثر بها. وعقوبة الشريك المباشر تتأثر بصفة الفعل،وصفة الفاعل، وقصده كما بينا سابقا[١] .

فأما من جهة الفعل، فإذا ارتكب الشريك المباشر الفعل الذى قصده الشريك المتسبب، فعلى كل منهما عقوبته كلما كان الفعل من جرائم التعزير، أما إن كان الفعل من جرائم الحدود أو القصاص فلكل منهما عقوبته الخاصة للأسباب التي بياناها[٢] . وإذا ارتكب المباشر فعلا غير الذى قصده الشريك المتسبب، فلا يعاقب الأخير بعقوبة هذا الفعل إلا إذا كان داخلا فى قصده المحتمل .

وإذا كانت العقوبة قائمة على صفة الفاعل فشددت أو خففت أو انعدمت لصفته، فإن الشريك المتسبب لايتأثر بشيء من هذا؛ لأن التشديد والتخفيف وامتناع العقاب راجع لمعنى فى الشريك المباشر لا يتوافر فى الشريك المتسبب. فإذا كان الشريك المباشر صبيا أو مجنونا فلا عقاب عليه، وعلى الشريك المتسبب العقاب. وإذا كان الشريك المباشر معتادا على الإجرام شددت عليه العقوبة دون الشريك المتسبب. وإذا كان الشريك المباشر صغير السن، خففت عليه العقوبة لصغر سنه ولم تخفف عن الشريك المتسبب .

وإذا كانت العقوبة قائمة على قصد الفاعل عوقب بها الشريك المتسبب إذا لم يكن قصده مخالفا لقصد المباشر، ولا يعاقب بها إذا كان قصده الخاص يوجب عليه عقوبة أقل منها. ويراعى دائما فى كل الحالات أن هناك فرقا بين عقوبة الشريكين فى جرائم الحدود والقصاص.

---

(١) راجع الفقرتين ٢٦٠،٢٦١ .

(٢) راجع الفقرة ٢٦٧ .

عوده ٢٧٠ ـ *ظروف الشريك الخاصة* : إذا كان للشريك المتسبب صفات خاصة تستدعى تغيير وصف الجريمة أو العقوبة، فإنها تسرى عليه. فإذا كان عائدا شددت عقوبته، وإذا كان صغير السن خففت عقوبته، وإذا كان معتوها أو مجنونا أعفى من العقوبة. وإذا كان للشريك المتسبب الحق فى إتيان الفعل فحرض غيره عليه، كأن حرضه على تأديب ولده، أو تلميذه، أو زوجته، فالفعل يُعَدّ جريمة بالنسبة للمباشر، ولا يُعَدُّ بالنسبة للشريك المتسبب؛ لأنه لو باشر الفعل بنفسه لما عُدّ مجرما. وإذا زاد فعل المباشر على حد التأديب كانت مسئولية الشريك المتسبب قاصرة على تعدى حد التأديب فقط .

۞ 268 - 270 - مسئولية المتسبب فى الجريمة عن آثارها الاحتمالية، ومرونة التعازير واتساعها أديا إلى إمكان تنوع العقوبة على الاشتراك :

طبقا لملاحظتنا السابقة نجد أنه يشير إلى أن فقهنا وصل إلى عَدِّ الشريك (بالتسبب) مسئولا عن جميع الآثار التى أدى إليها العمل الذى حرَّض عليه أو ساعد فيه، برغم أنه إنما قصد الفعل ولم يقصد تلك النتائج، إلا أنه يتحمل مسئوليتها بُحسبانها كانت نتيجة محتملة للفعل الذى حرَّض عليه. والمثال الذى أورده خاص بجريمة الضرب المفضى إلى الموت، مما يؤكد العناية الخاصة للحق الإنسانى فى الحياة والبقاء التى جعلت الأفعال التى تهدد حياة الإنسان تستحق قدرا أكبر من الزجر والردع كما قدمنا.

* * *

ما قلناه فى البندين السابقين هو الأساس الذى مكن فقهاءنا من مواجهة جميع الصور المحتملة لوجود ظروف خاصة بأحد الشركاء المباشرين (الفاعلين) أو المتسببين (بالتحريض أو المساعدة) على النحو الذى فصله. وهذ يؤكد مرة أخرى أهمية المبدإ الشرعى الذى جعل للتعزير نطاقا واسعا يعطيها مرونة كافية لمواجهة جميع الصور مهما يكن الفارق بينها كبيرا، ومكنهم من تنويع الجزاءات على المشتركين .

عوده ٢٧١ - *بين الشريعة والقانون* : وتتفق الشريعة مع القوانين الوضعية فى تعريف الاشتراك بالتسبب، وشروط هذا النوع من الاشتراك، ووسائل الاشتراك، ووجوب توافر علاقة السببية بين وسيلة الاشتراك ووقوع الجريمة .

وتتفق نظرية الشريعة فى عقوبة الشركاء فى جرائم الحدود والقصاص مع النظرية التى يأخذ بها القانون البلجيكى اليوم، فهو يجعل عقوبة الشريك المتسبب أقل من عقوبة الشريك المباشر . وتتفق كذلك مع ما أخذ به القانون المصرى فى القتل العمد.

وتتفق نظرية الشريعة فى عقوبة الشركاء فى جرائم التعازير مع النظرية التى أخذ بها القانون المصرى والقانون الفرنسى فى معظم الجرائم، حيث يسوى كلاهما بين عقوبة الشريك المباشر وعقوبة الشريك المتسبب .

وتتفق نظرية الشريعة فى استفادة الشريك المتسبب من ظروفه الخاصة مع ما يأخذ به القانون الإيطالى الذى يقرر هذا المبدأ .

٢٧٢ - *العقاب على وسائل الاشتراك إذا لم تقع الجريمة المقصودة* : القاعدة العامة فى الشريعة أن لاعقاب على حديث النفس ووسوسة الصدر وما ينتوى المرء عمله ما لم يعمل به أو يتكلم. وأساس هذه القاعدة قول الرسول صلى الله عليه وسلم:" إن الله عفا لأمتى عما وسوست أو حدثت به أنفسها، مالم تعمل به أو تكلم" .

ويترتب على هذه القاعدة أن الفرد إذا فكر فى الجريمة وانتواها وصمم عليها فلا عقاب عليه، ما دام أنه لم يخرج نيته إلى حيز التنفيذ، سواء كان التنفيذ بعمل مثل ارتكاب الجريمة، أو بقول كأن يأمر غيره بارتكاب الجريمة أو يحرضه على ذلك أو يتفق معه على ارتكاب الجريمة .

والأصل فى الشريعة أن الاتفاق على الجريمة والتحريض عليها وإعانة المجرم على جريمته، كل ذلك يُعَدُّ بذاته جريمة مستقلة، سواء وقعت الجريمة المقصودة أو لم تقع. وهو يُعَدّ جريمة من وجهين : أولهما : أن الشريعة تحرم الأمر بالمنكر والاتفاق والإعانة عليه، والجرائم هى أشد المنكرات وأكبرها فى الشريعة . وثانيهما : أن الاتفاق على الجريمة والتحريض والإعانة عليها تؤدى إلى ارتكاب ما تحرمه الشريعة وهو الجرائم، والقاعدة الأصولية أن ما أدى إلى المحرم فهو محرم .

وعلى هذا يجوز عقاب من اتفق أو حرض أو أعان على جريمة ولو لم تقع هذه الجريمة؛ لأن مجرد الاتفاق والتحريض والإعانة لا يخرج عن كونه جريمة بذاته، فإذا وقعت الجريمة المقصودة عُدّ المتفق أو المحرض أو المعين شريكا بالتسبب فيها، وكان عليه عقوبتها طبقا للقواعد التى بيناها فيما سبق .

<عوده> وينبنى على ماسبق أن التحريض العام على الجرائم معاقب عليه فى الشريعة، وأن الاتفاق الجنائى على الجرائم معاقب عليه سواء أدى التحريض أو الاتفاق إلى نتائجه المقصودة أو لم يؤد لهذه النتائج .

ومبدأ الشريعة فى العقاب على الاتفاق والتحريض والإعانة بُحسبانها جرائم مستقلة يتفق تمام الاتفاق مع مبدئها فى عدم العقاب على النية ما لم يصحبها عمل أو قول؛ فالمتفق أو المحرض على الجريمة ينوى إتيان الجريمة ويظهر نيته مصحوبة بقول هو الاتفاق أو التحريض، والمعين على الجريمة يظهر نيته مصحوبة بعمل هو المساعدة، فأصبح كل منهم أهلا للعقاب على ما وسوست له نفسه بعد أن أظهره فى عمله أو قوله .

وتتفق القوانين الوضعية مع الشريعة فى أحد المبدأين وتخالفها فى الآخر. فتتفق القوانين مع الشريعة فى أن لاعقاب على النية مستقلة عن القول أو العمل. ولكن القوانين لا تطبق المبدأ بدقة حيث له مستثنيات، منها تشديد العقاب على الجرائم العمدية المصحوبة بسبق إصرار، وتخفيفه فى الجرائم العمدية التى لم يصحبها سبق إصرار، ومعنى هذه التفرقة أن القوانين تعاقب على النية مستقلة عن الفعل . أما الشريعة الإسلامية فتطبق المبدأ بدقة تامة ولا تجعل له مستثنيات . أما المبدأ الثانى فتخالف فيه القوانين الشريعة، حيث تأخذ القوانين عامة بعدم العقاب على الاتفاق أو التحريض أو الإعانة، إلا إذا وقعت الجريمة المقصودة، سواء وقعت تامة أو لم تتم. على أن القوانين الوضعية قد خرجت على هذا المبدإ فى كثير من الحالات، وأصبحت اليوم تعاقب على الاتفاقات الجنائية بُحسبانها جرائم مستقلة، ولو لم تقع الجرائم المقصودة أو يشرع فيها. ومن هذا القبيل مانص عليه قانون العقوبات المصرى فى المادة ٤٧ منه. وهذا الاتجاه الذى اتجهت إليه القوانين الوضعية، هو أخذ بنظرية الشريعة التى تمتاز بأنها أدق منطقا وأوفى بتحقيق حاجات الجماعة. فمن وجهة المنطق: إما أن يكون الاتفاق أو التحريض أو العون محرما لذاته أو غير محرم. فإن كان محرما لذاته، فقد وجب العقاب عليه، سواء وقعت الجريمة المقصودة أو لم تقع. وإن كان غير محرم لذاته، فلا محل للعقاب عليه بعد وقوع الجريمة؛ لأن العقاب عليه عقاب على عمل غير محرم؛ ولأن الجريمة وقعت ممن باشرها وهو مختار مميز فلا يسأل عنها غيره؛ ولأن المتفق أو المحرض أو المعين لم يعمل شيئا ما، بعد الاتفاق والتحريض والإعانة، وقد عَدَدْناها غير محرمة لذاتها .

ومن وجهة تحقيق مصلحة الجماعة، فإن نظرية الشريعة تساعد على حفظ النظام وكبح تيار الإجرام، وليس أدل على ذلك من أن القوانين الوضعية أخذت بنظرية الشريعة أخيرا على الأقل فى الاتفاقات الجنائية .

۞ 271، 272 – مبدأ من اشترك فى جريمة فعليه عقوبتها مقصور على التعازير :

نصُّ القانون الوضعى فى مصر على أن الشريك يعاقب بالعقوبة المقررة للجريمة التى شارك فيها يماثل المبدأ الذى يسير عليها فقهاؤنا فى التعازير، مع ملاحظة مدى المرونة فى الجزاءات التى تُعَدُّ تعزيرا.

وكما أن المشرع الوضعى أشار إلى استثناء الحالات التى ينص فيها على عقوبة للشريك تقل عن عقوبة الجريمة التى شارك فيها – فإن فقهاءنا استثنوا من المبدإ العام (المساواة بين عقوبة الشريك المتسبب وعقوبة الفاعل) جرائم الحدود التزاما بمبدإ عدم التوسع فى العقوبات البدنية.

إلا أننا لاحظنا كثيرا من التردد فى هذا الاستثناء الأخير بصدد جرائم القصاص عندما يتعلق الأمر بجريمة القتل، فإن كثيرا من فقهائنا يرى تطبيق عقوبة القصاص على الشريك فى جريمة القتل أو الضرب المفضى إلى الموت بالذات لأن حماية حياة الإنسان توجب قدرا أكبر من الردع والزجر. وقد أشرنا إلى أننا نؤيد هذا الاتجاه فى مناسبات سابقة.

وقد لاحظنا أيضا أن مرونة التعازير كان لها دور كبير فى استقرار فقهنا بحُسبان الاشتراك (والشروع قبله) جريمة تعزيرية متميزة وليست مجرد امتداد للجريمة الأصلية، وأن هذا المبدأ مكنهم من مواجهة كل قدر من التحريض أو المساعدة بما يناسبه من جزاءات تعزيرية تناسب الدور الذى أداه الشريك فى الجريمة الأصلية وتناسب أيضا ما يدل عليه فعله من اتجاه إجرامى يهدد أمن الجماعة واستقرارها، وخاصة فيما يتعلق بحماية حق الإنسان فى الحياة لأنه أعز الحقوق الإنسانية ..

ونقده لحُسبان سبق الإصرار ظرفا مشددا فى جريمة القتل سبق أن اعترضنا عليه.

فهرس (ب)
أركان الجريمة "عوده"
تعليقات (الصدر)
الحاشية (الشاوى)

الجزء الثانى ـ من المجلد الأول
الأركان العامة للجريمة

الباب الأول
الركن الشرعى للجريمة

الفصل الأول
النصوص المقررة للجرائم والعقوبات
أى الأحكام الجنائية الشرعية

المبحث الرابع فى تعارض الأحكام (أى النصوص) ونسخها

رقم البند		الصفحة الأصل	الحاشية

الفصل الثانى
فى سريان النصوص الجنائية على الزمان

الفصل الثالث
فى سريان النصوص الجنائية على المكان

الفصل الرابع
فى سريان النصوص الجنائية على الأشخاص

بحث إضافى

للدكتور / توفيق الشاوى

الأصول الشرعية تلى المصادر فى الأهمية ودورها فى تجديد الفقه عموما والفقه الجنائى خاصة وأساسها عالمية الرسالة الخاتمة وشمولها .

رقم البند		الصفحة الأصل	الحاشية

الفصل الثانى
الاشتراك فى الجريمة

بحمد الله

رقم الإيداع : ١٩٣٤١/ ٢٠٠٠
الترقيم الدولي : I.S.B.N. 977 - 09 - 0681 - 6

مطابع الشروق
القاهرة : ٨ شارع سيبويه المصرى ـ ت: ٤٠٢٣٣٩٩ ـ فاكس: ٤٠٣٧٥٦٧ (٠٢)
بيروت : ص.ب: ٨٠٦٤ ـ هاتف : ٣١٥٨٥٩ ـ ٨١٧٢١٣ ـ فاكس : ٨١٧٧٦٥ (٠١)

الموسوعة العصرية
فى
الفقه الجنائى الإسلامى

● هذه هى الطبعة الثانية منقحة وموسعة من كتاب التشريع الجنائى الإسلامى مقارنا بالقانون الوضعى المجلد الأول للقاضى الفقيه عبد القادر عوده الذى خصصه للقسم العام فى الفقه الجنائى الإسلامى، وهو أول فقيه يتصدى لإعداد هذه الدراسة فى فقهنا؛ حيث إن أسلافنا لم يقدموا لنا أى دراسة خاصة للقسم العام لأنهم كانوا يحرصون على دراسة كل جريمة على حدة من حيث إجراءتها وأحكامها وعقوباتها. وتبين لنا أن هناك تطورات فكرية وعلمية وضرورات اجتماعية وسياسية ودراسات فقهية وقانونية خلال الخمسين عاما التى مضت منذ صدور كتاب القاضى عوده تستلزم إضافات ودراسات جديدة تحوله إلى موسوعة عصرية فى الفقه الجنائى.

● وهأنذا أقدم القسم العام أملا أن يشارك أكبر عدد من زملائى من الأساتذة والباحثين المتخصصين فى دراسة جرائم القسم الخاص العديدة التى تتزايد كل يوم؛ لأن أهمية الموسوعة لا ترجع لعدد أجزائها وصفحاتها وإنما تقاس بعدد الأساتذة المشاركين فيها وما يقدمونه من أبحاث ودراسات مستحدثة لمواجهة مشكلات العصر؛ لأن شريعتنا هى شريعة علم وفقه واجتهاد، وأحكامها هى ثمرة جهود متكاملة من أجيال متوالية من الأئمة والفقهاء والعلماء والباحثين وليست مجرد تقنينات تفرضها الدول.

د. توفيق محمد الشاوى

الموسوعة العصرية
فى
الفقه الجنائى الإسلامى

كتاب عبد القادر عوده

مع تعليقات آية الله السيد إسماعيل الصدر

وآراء للدكتور توفيق الشاوى والمشاركين

الجزء الثالث من المجلد الأول

من كتاب التشريع الجنائى الإسلامى مقارنا بالقانون الوضعى

مركز السنهوري

[redacted]

الموسوعة العصرية
فى
الفقه الجنائى الإسلامى

الطبعة الأولى
١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م

القاهرة : ٨ شارع سيبويه المصرى -
رابعة العدوية - مدينة نصر
ص . ب : ٣٣ البانوراما - تليفون : ٤٠٢٣٣٩٩
فاكس : ٤٠٣٧٥٦٧ (٢٠٢)
البريد الإلكترونى: email: dar@shorouk.com

كتاب عبد القادر عوده

مع تعليقات آية الله السيد إسماعيل الصدر

وآراء للدكتور توفيق الشاوى والمشاركين

الموسوعة العصرية في الفقه الجنائي الإسلامي

الجزء الثالث من المجلد الأول

من كتاب التشريع الجنائى الإسلامى مقارناً بالقانون الوضعى

مركز السنهورى

دار الشروق

مقدمة

الركن الثانى فى كل جريمة هو ما يتوافر لدى الجانى من عمد أو خطإ.. وفى هذا الجزء يتسع نطاق البحث ليشمل موضوع المسئولية من حيث أساسها وشروطها ودرجاتها وأثر الجهل والخطإ والنسيان عليها وكذلك رضا المجنى عليه.

ويدخل فى نطاق المسئولية دراسة علاقة السببية بين الفعل والنتيجة المعاقب عليها فى الجرائم التى فيها يشترط العقاب عند وقوع نتيجة معينة .

ومن أهم نقاط هذا الموضوع، ارتفاع المسئولية الجنائية أو انعدامها لوجود سبب من أسباب الإباحة التى توسع فقيهنا فى دراستها.

ولفقيهنا رأى خاص نؤيده، وهو عَدُّ الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر نوعا من أنواع الدفاع الشرعى عن المجتمع وصلاحه. وموضوع الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر يستحق منا عناية خاصة لأنه خاص بشريعتنا، ومن مميزاتها بسبب طبيعتها الدينية وصلة أحكامها الوثيقة بالأخلاق، وتضامن جميع أفراد المجتمع فى الدفاع عن مقوماته وقيمه ونظامه .

وقد توسعنا فى مناقشة رأيه فى موضوع الإهدار لأن لنا رأيا خاصا يخالف ما ذهب إليه، وما نسبه لجمهور الفقهاء من أسلافنا، وأولى حالاته إهدار النفس والمال فى حالة الحرب، وكل ما يتعلق بالنسبة لأثر حالة الحرب يليها ارتكاب فعل يوجب عقوبة حدية أو مقدرة مفروضة شرعا .

وسيرى القارئ أننا نميِّز الإهدار الكامل فى حالتين فقط، هما توافر حالة الدفاع عن النفس أو الوطن فى حالة الحرب أو الجهاد، وكذلك حق القضاء الكامل فى تطبيق الجزاءات الجنائية المقررة شرعا.

وفيما عدا ذلك فإننا نَعُدُّ الإهدار بالنسبة للأفراد نسبيا فقط، بمعنى أنه يكون لهم فقط الحق فى رفع الأمر للقضاء.

وقد عرضنا بالتفصيل وجهة نظرنا فى أن الفرد لا يجوز له توقيع عقوبات جنائية، حتى لو كانت حدا أو قصاصا، وحتى لو كان هو المجنى عليه. وللموضوع أهمية فى حالة ما إذا لو عجزت السلطة العامة أو امتنعت عن القيام بواجبها فى محاكمة الجانى ومجازاته .

ونظرية المسئولية تثير جدلا كبيرا حول مدى تمتع الإنسان بحرية الاختيار. وهذا الموضوع يسمى فى فقهنا موضوع الجبر والاختيار الذى له جوانب فلسفية وعقدية، لذلك أضفنا بحثا تكميليا لدراسة هذه الناحية، لأننا نعتقد أن مسئولية الانسان هى من أهم خصائص بنى آدم التى عجزت عن حملها السموات والأرض والجبال، وجعل الحساب الكامل عليها يوم الدين .

ولما كان الإيمان بالحساب والجزاء الأخروى أمام الله سبحانه وتعالى من أركان عقيدتنا الدينية، فإن المسئولية الجنائية فى الدنيا أمام القضاء تكون مكملة وممهدة للمسئولية الأخروية، ولهذا أثره فيما يتعلق بالتوبة وما يترتب عليها فى رفع المسئولية متى كانت جادة ونصوحا.

وتكملة لهذا البحث، ترجمنا ملخصا للتقرير الشامل الذى قدمه أستاذنا السنهورى إلى مؤتمر القانون المقارن عام ١٩٣٧ بعنوان "المسئولية المدنية والجنائية فى الشريعة الإسلامية"، ونشره بالفرنسية فى مجلة القانون والاقتصاد بعد ذلك بعدة سنوات فى سنة ١٩٤٥.

وانتهزنا الفرصة لترجمته إلى العربية فيما يتعلق بالمسئولية الجنائية وأضفنا أبحاثا إلى هذا الجزء فى نهايته .

الباب الثالث (من الكتاب الأول)

الركن الأدبى

<عوده> ٢٧٣ ـ **موضوع البحث** : سنتكلم فى هذا الباب على موضوعين : أولهما، المسئولية الجنائية. وثانيهما، ارتفاع المسئولية الجنائية. وسنخصص لكل موضوع فصلا خاصا.

الفصل الأول
فى المسئولية الجنائية

٢٧٤ - **موضوع البحث** : سنتكلم فى هذا الفصل على أساس المسئولية الجنائية، وعلى محل المسئولية الجنائية، وعلى سبب المسئولية ودرجاتها، ثم على قصد العصيان أو القصد الجنائى، وعلى أثر الجهل والخطإ والنسيان على المسئولية، وعلى أثر الرضاء على المسئولية، وعلى الأفعال المتصلة بالجريمة وعلاقتها بالمسئولية. وسنخصص لكل موضوع مبحثا خاصا.

المبحث الأول
فى أساس المسئولية الجنائية

٢٧٥ـ *عرض تاريخى للمسئولية الجنائية* :

أولا : فى القوانين الوضعية: كانت القوانين الوضعية فى العصور الوسطى وإلى ما قبل الثورة الفرنسية[1] تجعل الإنسان والحيوان بل والجماد محلا للمسئولية الجنائية. وكان الجماد يعاقب كالحيوان على مانسب إليه من أفعال ضارة، كما يعاقب الإنسان على ماينسب إليه من أفعال محرمة. وكانت العقوبة تصيب الأموات كما تصيب الأحياء، ولم يكن الموت من الأسباب التى تعفى الميت من المحاكمة والعقاب. ولم يكن الإنسان مسئولا جنائيا عن أعماله فقط، وإنما كان يسأل عن عمل غيره ولو لم يكن عالما بعمل هذا الغير، ولو لم يكن له سلطان فعلى على هذا الغير؛ فكانت العقوبة تتعدى المجرم إلى أهله وأصدقائه، وتصيبهم كما تصيبه على الرغم من أنه هو وحده الجانى وهم البرءاء من جنايته. وكان الإنسان يُعَدّ مسئولا جنائيا عن عمله، سواء أكان

(١) تراجع حاشيتنا على البند ٢٧٧ فيما بعد.

﴿عوده﴾ رجلا أم طفلا مميزا أم غير مميز، وسواء كان مختارا أو غير مختار، مدركا أو فاقد الإدراك.

وكانت الأفعال المحرمة لا تعين قبل تحريمها، ولا يعلم بها الناس قبل مؤاخذتهم عليها. وكانت العقوبات التى توقع غير معينة فى الغالب، يترك للقضاة اختيارها وتقديرها؛ فكان الشخص يأتى الفعل لم يحرم من قبل، فيعاقب عليه إذا رأى صاحب السلطان أن فعله يستحق العقاب، ولو لم يكن أحد عوقب من قبل على هذا الفعل، ولو لم يكن الفعل قد أعلن تحريمه من قبل. وكانت العقوبات على الفعل الواحد تختلف اختلافا ظاهرا؛ لأن اختيار نوعها وتقدير كمها متروك للقاضى، فله أن يعاقب بما شاء وكما يشاء دون قيد ولا شرط.

هذه هى بعض المبادئ البالية التى كانت القوانين الوضعية تقوم عليها، وهى مبادئ ترجع فى أساسها إلى نظرية المسئولية المادية التى كانت تسيطر على القوانين الوضعية، والتى تنظر إلى الصلة المادية البحتة بين الجانى والجناية، وبين الجانى وغيره من أهله والمتصلين به، ولاتحسب حسابا لملكات الجانى الذهنية، وقدرته على التفكير والتمييز والاختيار، وتوجيه إرادته للفعل، ومدى اتصال ذلك كله بالفعل المحرم وأثره عليه.

وقد ظلت هذه المبادئ سائدة فى القوانين الوضعية حتى جاءت الثورة الفرنسية(*)، فزعزعت هذه الأوضاع الجائرة، وأخذت تحل محلها من ذلك الحين مبادئ جديدة، تقوم على أساس العدالة وعلى جعل الإدراك والاختيار أساسا للمسئولية؛ فأصبح الإنسان الحى وحده هو محل المسئولية الجنائية، وأصبحت العقوبة شخصية لا تصيب إلا من أجرم ولا تتعداه إلى غيره، ورفعت المسئولية عن الأطفال الذين لم يميزوا، ووضعت عقوبات بسيطة للأطفال المميزين، وارتفعت المسئولية عن المكره، وفاقد الإدراك، وأصبح من المبادئ الأساسية فى القوانين أن لاجريمة ولا عقوبة إلا بقانون، وأن لاعقوبة إلا على الأفعال اللاحقة لصدور القوانين، وقيدت حرية القضاة فى اختيار العقوبة وتقديرها.

ثانيا : فى الشريعة الإسلامية : ومن يعرف شيئا قليلا عن الشريعة الإسلامية يستطيع أن يقول وهو آمن من الخطإ، إن كل هذه المبادئ الحديثة التى لم تعرفها القوانين الوضعية إلا فى القرن التاسع عشر والقرن العشرين، قد عرفتها الشريعة من يوم

(*) تراجع حاشيتنا على البند ٢٧٧ فيما بعد.

﴿عوده﴾ وجودهـــا، وإنمـــا من المبادئ الأساسية التى تقوم عليها الشريعة. فالشريعة لاتعـــرف محلا للمسئولية إلا الإنسان الحي المكلف، فإذا مات سقطت عنه التكاليف ولم يعد محلا للمسئولية.

والشريعة تعفى الأطفال إلا إذا بلغوا الحلُم مما لا يعفى منه الرجال، لقوله تعالى: ﴿وإذا بلغ الأطفال منكمُ الحُلُم فليستأذنوا كما استأذن الذين من قبلهم﴾ [النور:٥٩]. ولقـــول الرسول ﷺ: "رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبى حتى يحتلم، وعن النائم حتى يصحو، وعن المجنون حتى يفيق". والشريعة لا تؤاخذ المكره ولا فاقد الإدراك، لقوله تعـــالى: ﴿إلاّ من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان﴾ [النحل: ١٠٦]. وقوله تعالى: ﴿فمن اضـــطُر غير باغ ولاعاد فلا إثم عليه﴾ [البقرة: ١٧٣]. ولقول الرسول عليه الصلاة والسلام: "رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استُكرِهُوا عليه".

ومـــن القواعد الأساسية فى الشريعة الإسلامية: ﴿ألاّ تزر وازرة وزر أخرى * وأن لّيس للإنسان إلا ما سعى﴾ [النجم :٣٨،٣٩]. فلا يسأل الإنسان إلا عن جنايته، ولايؤخذ بجناية غيره مهما كانت صلته به.

ومـــن القواعـــد الأساسية فى الشريعة الإسلامية، أن كل ما لم يحرم فهو مرخص لا عقـــاب على إتيانه، فإذا حرم فالعقوبة من وقت العلم بالتحريم، أما ما قبل ذلك فيدخل فى قوله تعالى: ﴿عفا الله عما سلف﴾ [المائدة:٩٥].

وليس للقضاة فى الشريعة الإسلامية أى شيء من الحرية فى اختيار العقوبة أو تقديرها فى جرائم الحدود والقصاص. أما التعازير، فلهم فيها حرية مقيدة. لهم أن يختاروا العقوبة مـــن بين عقوبات معينة، ولهم أن يقدروا كمية العقوبة إن كانت ذات حدين بما يتناسب مع ظروف الجريمة والمجرم، ولكن ليس لهم أن يعاقبوا بعقوبة لم يقررها أولو الأمر، ولا أن يرتفعوا بالعقوبة أو ينزلوا بها عن الحدود التى وضعها أو يضعها أولو الأمر.

هذه هى المبادئ الحديثة التى ابتدأت القوانين الوضعية تعرفها فى القرن الماضى، قد عرفـــتها الشريعة الإسلامية وطبقتها قبل القوانين الوضعية باثنى عشر قرنا. ومن المؤلم حقـــا أن يجهل أكثر رجال القانون فى البلاد الإسلامية هذه الحقائق الأولية، وأن يخيل إليهـــم من جهلهم بأحكام الشريعة أن القوانين الوضعية هى أول ما استحدث هذه المبادئ التشريعية.

273 – 275 - نظرية المسئولية وأصولها الشرعية :

إنـــنا نَعُـــدّ هذا الباب جزءا ثالثا من أجزاء القسم العام وموضوعه "المجرم"، إلى جانب الجزء الأول المتعلق "بالجريمة"، والجزء الثانى المتعلق "بالعقوبة". إلا أننا نلتزم بما سار عليه الشهيد من تقديمه كباب ثالث فى الجزء الأول تحت عنوان "الركن المعنوى" باعتـــبار أنه الركن الثالث للجريمة (التى هى موضوع الجزء الأول) حيث انتهينا من الركن الشرعى والركن المادى.

والموضـــوع الذى يشتمل عليه هذا الباب يدور حول مسئولية الشخص "المجرم" عن الجريمة – ولذلك يشتمل على فصلين :–

الأول : فى المسئولية الجنائية عموما – ويشتمل على أربعة "مباحث".

والثانى : فى موانع المسئولية وعوارضها – ويشتمل على "مبحثين" فقط.

* * *

لقد بيَّن القرآن الكريم بنص صريح أن الله سبحانه وتعالى قد ميَّز آدم "وذريته من بعده" بالاختيار (الإرادة) والمسئولية – أى تحمُّل الجزاء المترتب على أفعاله الاختيارية – وذلك فى قوله تعالى: ﴿إنا عرضنا الأمانة على السموات والأرض والجبال فأبين أن يحملنها وأشفقن منها وحملها الإنسان إنه كان ظلوما جهولا ..﴾[الأحزاب:٧٢] .

فى نظـــرنا أن الأمانـــة الـــتى تحملها الإنسان دون غيره هى مسئوليته عن أفعاله الاختيارية. ومن أجل ذلك منحه الله تعالى إرادة حرة للاختيار بين طريق الخير والشر. وينتج عن هذا الأصل الشرعى أن الإنسان المخاطب بالأحكام الشرعية هو المكلف. وشروط التكليف هى : حرية الإرادة، والرشد العقلى، ونسبة الفعل للمسئول عنه، وإمكانية علمه بالأمر التكليفى الذى يستحق الجزاء إذا خالفه.

هـــذا الأصـــل الإسلامى هو قمة التطور فى مسيرة البشرية ونظمها التى لم تصل القوانـــين الأخرى إلى مستواه إلا بعد تطورات عديدة استعرضها الشهيد وأشار إليها فى هـــذا البـــند. ونحن نلاحظ إشارته إلى أن ما حققته القوانين الوضعية من تقدم نحو المبادئ الجديدة قد سبقتها إليها شريعتنا بقرون كثيرة .

﴿عوده﴾ ٢٧٦ـ نظرية المسئولية الجنائية فى الشريعة والأسس التى تقوم عليها:

من المتفق عليه أن الأفعال المحرمة يؤمر باجتنابها أو يُنهَى عنها، لأن فى إتيانها أو تركها ضررا بنظام الجماعة أو بعقائدها أو بحياة أفرادها أو بأموالهم أو بأعراضهم أو بمشاعرهم، أو بغير ذلك من الاعتبارات التى تمس مصالح الأفراد أو مصالح الجماعة ونظامها. والأفعال التى تمس مصالح الأفراد تنتهى بمساس مصلحة الجماعة ونظامها. فالأفعال التى تحرم إذن لم تحرم إلا لحفظ مصالح الجماعة ونظامها، والعقوبات التى تفرض على هذه الأفعال إنما تفرض لحماية مصالح الجماعة ونظامها[1]. والأفعال التى تحرم لا تحرم لذاتها؛ لأن من هذه الأفعال ما قد يستفيد منه الفاعل ويعود عليه بالنفع كالسرقة وخيانة الأمانة والرشوة، فإنها تعود على الجانى بالكسب، وكالزنا فإنه يعود على الزانى باللذة وإطفاء الشهوة، وكالقتل للانتقام فإنه يعود على القاتل بشفاء نفسه من الحقد والشعور بالذلة والعار. فهناك فوائد محققه تعود على الجانى من ارتكاب الجريمة، ولكن هذه الفوائد التى قد يصيبها الجانى من جريمته تؤدى إلى إفساد الجماعة والإضرار بها وإنحلال نظامها، ولتلافى هذه النتائج حرمت هذه الأفعال؛ حماية للجماعة من الفساد وحفظا لنظامها من التفكك والانحلال.

والأفعال المحرمة بعضها يُعَدّ بطبيعته جريمة؛ لأنه يتنافى مع الأخلاق الفاضلة كالسرقة والزنا، وبعضها لا يُعَدّ بطبيعته جريمة، ولم يحرمه الشارع لأنه يمس الشرف أو يؤذى الأخلاق، وإنما حرمه لأن فى إباحته إضرارا بالجماعة، كتحريم حمل السلاح، وتحريم الانتقال من محل موبوء بمرض مُعْد إلى محل غير موبوء، وتحريم الامتناع عن تلقى العلم؛ فمثل هذه الأفعال تحرم لحفظ مصالح الجماعة ودفع الضرر عنها. وإذا كانت الأفعال تحرم لمصلحة الجماعة، فإن العقوبة تفرض باعتبارها وسيلة لحماية الجماعة مما يضر بصوالحها ونظامها. ولما كانت العقوبة هى أمثل الوسائل لحماية الجماعة من الجريمة والإجرام، فإن العقوبة بهذا تصبح ضرورة اجتماعية لا مفر منها. ومثل العقوبة فى هذا كل وسيلة أخرى تقوم مقام العقوبة فى حماية الجماعة من الإجرام والمجرمين.

---

(١) راجع الفقرة ٤٣.

〈عوده〉 وإذا كانت العقوبة ضرورة اجتماعية، فإن كل ضرورة تقدَّر بقدرها؛ فلا يصح أن تكون العقوبة أكثر مما ينبغى لحماية الجماعة ودفع ضرر الإجرام عنها، كما لا يصح أن تكون أقل مما يجب لحماية الجماعة من الإجرام.

وتُعَدُّ العقوبة محقّقة لمصلحة الجماعة كلما بعدت عن الإفراط والتفريط، وهى تُعَدُّ كذلك كلما توافرت فيها العناصر الآتية :

١ - أن تكون العقوبة بحيث تكفى لتأديب الجانى وكفّه عن معاودة الجريمة، وأن تكون بحيث يستطيع القاضى أن يختار نوع العقوبة الملائمة لشخصية الجانى، وأن يقدِّر كميـة العقوبـة التى يراها كافية لتأديبه وكف أذاه. وهذا يقتضى تنوع العقوبات، وتعددها للجريمة الواحدة، وجعل العقوبات ذات حدين ليستطيع القاضى أن يختار العقوبة الملائمة ويقدر كميتها من بين حدى العقوبة الأدنى والأعلى(١).

٢ - أن تكـون العقوبة كافية لزجر الغير عن ارتكاب الجريمة، بحيث إذا فكر فى الجريمة وعقوبتها وجد أن ما يعود عليه من ضرر العقوبة قد يزيد على ما يعود عليه مـن نفع الجريمة. وهذا يقتضى أن تكون أنواع العقوبات وحدودها العليا بحيث تنفّر من الجريمة.

٣ - أن يكون هناك تناسُب بين الجريمة والعقوبة، بحيث تكون العقوبة على قدر الجريمة؛ فلا يصح أن يكون عقاب قطع الطريق كعقوبة السرقة العادية، ولا يصح أن تكون عقوبة القتل العمد متساوية مع عقوبة القتل الخطإ. ولقد عاقبت الشريعة مثلا على السرقة بقطع اليد، ولكنها لم تعاقب على القذف بقطع اللسان، ولم تعاقب على الـزنا بالخصَـاء، وعاقبت على القتل العمد بالقصاص، ولكنها لم تعاقب على إتلاف الأموال بالقَصاص.

٤ - أن تكـون العقوبـة عامـة، بحيث تطبق العقوبة المقررة للجريمة على من ارتكبها، فلا يعفى منها أحد لمركزه أو لشخصه أو لغير ذلك من الاعتبارات.

والعقوبـة التى تتوافر فيها العناصر السابقة هى العقوبة العادية، ولا يصح أن تقع إلا على من ارتكب الجريمة وهو مدرك مختار، فإذا لم يكن الجانى مدركا أو مختارا فلا عقاب كقاعدة عامة. فالمجنون لايقتص منه إذا قتل غيره، ولايجلد إذا زنا وهو غير محصن،

---

(١) تسير الشريعة على هذه القاعدة فى كل الجرائم، إلا جرائم الحدود والقصاص، وقد بينا علة ذلك فى الفقرات من ٤٤٠ إلى ٤٤٢.

﴿عوده﴾ وكذلك الصغير الذى لم يميز. ولكن امتناع العقوبات العادية لعدم الإدراك أو الاختيار لا يمنع الجماعة من حماية (وقاية) نفسها بالوسائل التى تراها كافية أو ملائمة. فالصغير غير المميز إذا لم يمكن الاقتصاص منه إذا قتل، فإنه يمكن أن يوضع فى ملجإ، أو يرسل به لإحدى الإصلاحيات. والمجنون إذا لم يمكن عقابه، فإن من الممكن حماية (وقاية) الجماعة من شره بوضعه فى مستشفى. وهكذا، إذا امتنع عقاب الجانى بالعقوبات العادية، وكان من الضرورى اتقاء شره وحماية الجماعة منه، فإن للجماعة أن تتخذ من الوسائل (الاحترازية) ما تحمى به نفسها من شر الجانى ولو أنه غير مسئول ولا يمكن عقابه، كأن تضعه فى ملجأ أو مستشفى أو مدرسة على أمد محدود أو غير محدود، بحيث لايخرج منه إلا إذا أمن شره أو صلح حاله. وهذه الوسائل على اختلاف أنواعها وآثارها تعُدُّها الشريعة تعازير (وقائية)، فهى عقوبات ولكنها غير عادية أو هى عقوبات خاصة. والمقصود منها أساسا هو حماية الجماعة على أنه قد يقصد منها أيضا التأديب وإصلاح الجانى كما فى حالة الصغار.

ويعلل الفقهاء اشتراط الإدراك والاختيار لاستحقاق العقاب العادى بأن الله -جل ثناؤه وتقدست أسماؤه- خلق العباد وخلق الموت والحياة، وجعل ما على الأرض زينة لها ليبلو عباده ويختبرهم أيهم أحسن عملا، وأنه تعالى هيأ لهم أسباب الابتلاء فى أنفسهم وفى خارج أنفسهم. فأما فى أنفسهم، فقد خلق لهم العقول، والأسماع، والأبصار، والإرادات، والشهوات، والقوى، والطبائع، والحب، والبغض، والميل، والنفور، والأخلاق المتضادة المقتضية لآثارها اقتضاء السبب لمسببه. وأما فى خارج أنفسهم، فقد خلق لهم المنافع والمعانى التى تحرص النفوس عليها وتتنافس فى الوصول إليها، كما خلق لهم من المعانى والأسباب ما تكرهه النفوس وتعمل على دفعه عنها. ولم يترك الله جل شأنه الناس ودواعى أنفسهم وطبائعهم، بل ركب فى فطرهم وعقولهم معرفة الخير والشر والنافع والضار والألم واللذة ومعرفة أسبابها، ولم يكتف بمجرد ذلك حتى عرّفهم به مفصّلا على ألسنة رسله، وقطع معاذير الناس بأن أقام على صدق رسله من الأدلة والبراهين مالا يبقى معه لهم عليه حجة، ﴿لِّيَهْلِكَ من هَلَكَ عن بَيِّنَة، ويَحيَى من حَيَّ عن بيِّنة﴾[الأنفال : ٤٢]. وصرَّف لهم طَرق الوعد والوعيد والترغيب والترهيب، وضرب لهم الأمثال وأزال عنهم كل إشكال، ومكنهم من القيام بما أمرهم به وترك ما نهاهم عنه غاية التمكين وأعانهم عليه بكل سبب، وسلطهم على قهر طباعهم، وأرشدهم إلى التفكر والتدبر وإيثار ما تقضى به عقولهم، وأكمل لهم دينهم

<عوده> وأتم عليهم نعمته بما أوصلهم إليه على ألسنة رسله من أسباب العقوبة والمثوبة والبشـــارة والنذارة والرغبة والرهبة، وحقق لهم ذلك فجعل بعضه فى دار الدنيا ليكون عـــلما وأمـــارة لـــتحقق ما أخره عنهم فى دار الجزاء والمثوبة، ويكون العاجل مذكرا بالآجل. وكان من بعض حكمته أن حرم على الناس ما يضر بعقولهم وأبدانهم وأموالهم وما يضر بأفرادهم وجماعتهم ونظامهم، وشرع لهم من العقوبات عليه ما يقطع أطماعهم ويرد عدوانهم ويمنع تظالمهم، فإن سمعوا وأطاعوا لم يضرهم ذلك شيئا، وإن عصوا فقد حقـــت عليهم العقوبة بعصيانهم وعدوانهم، ولا عذر لهم بعد أن علموا بما حرم عليهم وما ينتظرهم من عقاب، وبعد أن أتوا ما أتوا وهم مختارون مدركون[١].

أمـــا ما لم يكن مدركا أو مختارا فلا عقاب عليه؛ لأن المكلّف بإتيان فعل أو تركه يجب أن يفهم الخطاب الموجه إليه أى الأمر والنهي، وهو لا يستطيع أن يفهم ذلك إلا إذا كـــان عاقلا. كما أنه لا يمكن القول بأن المكلّف عصى أمر الشارع إذا كان قد أكره على الفعل المحرم[٢].

وســـنعرض عـــلى القارئ أنموذجا مما يقوله الفقهاء فى تعليل عدم العقاب فى هاتين الحالتين. وهذا القول لأبى الحسن الآمدى صاحب كتاب "الإحكام فى أصول الأحكام"، قـــال:[٣] "اتفـــق العقـــلاء على أن شرط المكلّف[٤] أن يكون عاقلا فاهما للتكليف، لأن التكليف خطاب، وخطاب من لا عقل له ولا فهم محال، كالجماد والبهيمة".

"ومـــن وجد له أصل الفهم لأصل الخطاب دون تفاصيله من كونه أمرا أو نهيا، ومقتضـــيا كالجماد والبهيمة، بالنظر إلى فهم أصل الخطاب، ويتعذر تكليفه أيضا إلا على رأى من يجيز التكليف بما لا يطاق؛ لأن المقصود من التكليف كما يتوقف على فهم أصل الخطاب فهو متوقف على فهم تفاصيله".

"وأما الصبى المميز وإن كان يفهم ما لا يفهمه غير المميز، غير أنه أيضا غير فاهم عـــلى الكمال ما يعرفه كامل العقل من وجود الله تعالى، وكونه متكلما مخاطبا مكلفا بالعبادة، ومن وجود الرسول الصادق والمبلغ عن الله تعالى، وغير ذلك مما يتوقف عليه

---

(١) إعلام الموقعين ج ٢ ص٢١٦،٢١٤.

(٢) المستصفى للغزالى ج ١ ص ٨٣،٨٤،٩٠، فواتح الرحموت ج١ ص ١٤٣ وما بعدها، و ص ١٦٦، أصول الفقه للخضرى ص ١٩٩ وما بعدها.

(٣) الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى جـــ ١ ص ٢١٥ وما بعدها.

(٤) المكلف هو الشخص الذى يوجه إليه الأمر والنهى.

<عوده> مقصـــود التكليف، فنسبته إلى غير المميز كنسبة غير المميز إلى البهيمة فيما يتعـــلق بفـــوات شرط التكليف. وإن كان مقاربا لحالة البلوغ بحيث لم يبق بينه وبين البـــلوغ سوى لحظة واحدة، فإنه وإن كان فهمه كفهمه الموجب لتكليفه بعد لحظة، غير أنه لما كان العقل والفهم فيه خفيا، وظهوره فيه على التدريج، ولم يكن له ضابط يعرف به، جعل له الشارع ضابطا وهو البلوغ وحط عنه التكليف قبله تخفيفا عليه، ودليله قوله عليه السلام :"رفع القلم عن ثلاثة :عن الصبى حتى يبلغ، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق".

"وعلى هذا، فالغافل عما كلف به والسكران المتخبط لايكون خطابه وتكليفه فى حالة غفلته وسكره أيضا، إذ هو فى تلك الحالة أسوأ حالا من الصبى المميز فيما يرجع إلى فهـــم خطـــاب الشـــارع وحصـــول مقصوده منه، وما يجب عليه من الغرامات والضمانات بفعله".

"واختـــلفوا فى المـــلجإ إلى الفعل بالإكراه بحيث لايسعه تركه فى جواز تكليفه بذلك الفعـــل إيجـــادا وعدمـــا. والحـــق أنه إذا خرج بالإكراه إلى حد الاضطرار، وصار نسبة مـــا يصدر عنه من الفعل إليه نسبة حركة المرتعش إليه، كان تكليفه به إيجادا وعدما غير جائـــز إلا على القول بتكليف مالا يطاق، وإن كان ذلك جائزا عقلا لكنه ممتنع الوقوع سمعـــا لقوله عليه السلام: "رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه". والمراد منه رفع المؤاخذة ... وأما إن لم ينته إلى حد اضطرار، فهو مختار وتكليفه جائز عقلا وشرعا".

هـــذه هى نظرية المسئولية فى الشريعة الإسلامية. وظاهر مما سبق أنها تقوم على أساسين :

أولهمـــا :- أن العقوبة فرضت لحماية الجماعة وحفظ نظامها وتحقيق الأمن لها؛ فهـــى ضـــرورة اجتماعية استلزمها وجود الجماعة، وكل ضرورة تقدّر بقدرها. فإذا اقتضـــت مصـــلحة الجماعـــة أن تكون العقوبة قاسية غلظت العقوبة، وإذا اقتضت مصـــلحة الجماعـــة أن تخفف العقوبة خففت العقوبة، وإذا اقتضت مصلحة الجماعة استئصال المجرم استؤصل منها: إما بقتله وإما بحبسه حتى يموت أو ينصلح حاله.

ثانيهما : أن العقوبة العادية لايستحقها إلا من كان مدركا مختارا من المكلّفين، فإذا لم يكن المكلف مدركا أو مختارا فلا مسئولية عليه، وبالتالى لاعقاب. ولكن هذا لا يمنع الجماعة من أن تحمى نفسها من الشخص غير المسئول بالوسيلة "الوقائية" الملائمة لحالته وحال الجماعة، ولو كانت هذه الوسيلة عقوبة مادامت تلائم حال المعاقب.

276 – أساس الجزاء الجنائي: العقوبات وتدابير الوقاية و(التعازير الوقائية) :

الجزاء فى شريعتنا نوعان : أولهما، جزاء إلهى دينى. والثانى، جزاء دنيوى قضائى اجتماعى. وأساس الجزاء الدينى هو عقيدة الإيمان بالله واليوم الآخر. لذلك، فإن المسئولية العامة النهائية هى يوم الحساب الأخروى بعد البعث والنشور.

والأصل فى شريعتنا هو الإباحة، فلا عقاب إلا على الأفعال التى حرمها الله، والجزاء الأخروى شامل لكل الحسنات والسيئات.

لكن الجزاء الجنائى هو جزاء دنيوى قضائى واجتماعى، لا يكون مستحَقا فى الدنيا إلا على عدد محدود من الأعمال بسبب خطورتها على المجتمع وما تحدثه من ضرر بأمن الجماعة وسلامتها، الأمر الذى يجعلها مخالفة للقيم الأخلاقية، لذلك يتكفل الشارع بالنص عليها مقدَّما طبقا للمبدإ الذى أشرنا إليه فى دراسة الركن الشرعى والذى يعبر عنه بأنه "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"، على التفصيل الذى أشرنا إليه فيما يتعلق بالنصوص المقررة للحدود والقصاص (فى الكتاب والسنَّة) والنصوص المقررة للتعازير (فى الفقه والتقنين).

لهذا السبب، فإن توقيع الجزاء الجنائى هو إجراء اجتماعى استثنائى بررته الضرورة، وله شروط تحول دون التوسع فيه بصورة تهدد حقوق الإنسان وحرياته وحرماته الأساسية.

وقد بيَّن فقيهنا العناصر التى تستوجب ضرورة العقوبة التعزيرية – لحماية المجتمع وسلامته – واستطرد لتسويغ ما يُعَدّ فى عصرنا من "تدابير وقائية" تجيز شريعتنا للمجتمع اتخاذها فى نطاق التعازير، لمنع وقوع الضرر على المجتمع من أفعال منسوبة لأشخاص لا تتوافر لديهم شروط الأهلية للتكليف والمسئولية أو العقوبات الجنائية، مثل عديمى الأهلية أو ناقصيها. وهذا يدل على أن فقهنا قد سبق التشريعات العصرية التى لم تعرف هذه التدابير "الوقائية" إلا فى عصور متأخرة، أما فقهاؤنا فقد أدخلوها فى نطاق التعازير، ولم يضعوا لها تسمية خاصة بها، ولذلك فإن فقيهنا يصفها دائما بأنها عقوبات مع أنها ليست كذلك، ونلاحظ أنه تردد فى ذلك، فوصفها بأنها "عقوبات خاصة"، أو أنها "غير عادية"، والصواب أنها تدابير احترازية أو وقائية وليست عقوبات، وإن كانت تدخل فى نطاق التعازير التى هى ليست كلها عقوبات.

۞ أساس الجزاء الجنائي مصلحة المجتمع دائما :

كمـــا أنــــه هنا يؤكد ما قلناه من قبل دائما بأن الأفعال التى تمس مصالح الأفراد تنتهى بمساس مصلحة الجماعة وأمنها ونظامها – فالأفعال التى تجرم لم تجرم إلا لحفظ مصـــالح الجماعة، وسوف نؤكد ذلك عند معارضتنا لما يقوله البعض بأن هناك جرائم تمـــس مصـــالح الأفراد وأخرى تهدد مصالح الجماعة؛ لأن الصواب فى نظرنا أن جميع الجـــرائم تضر بمصالح الجماعة، ولاتوجد جريمة يجوز القول بأنها تضر بمصلحة الفرد فقط.

‹عوده› ٢٧٧ـ *نظرية المسئولية الجنائية فى القوانين الوضعية*: وإذا كانت الشريعة الإسلامية قد عرفت النظرية التى بسطناها منذ ثلاثة عشر قرنا ولم تعرف غيرها، فإن القوانين الوضعية قد عرفت أكثر من نظرية واحدة. فقبل الثورة الفرنسية كانت المسئولية الجنائية قائمة على أساس النظرية المادية، ومقتضاها العقاب على أى فعل أيا كان مرتكبه، وبغض النظر عن صفته وحالته. وقد أدت هذه النظرية إلى عقاب الإنسان والحيوان والجماد، وأدت إلى عقاب الأحياء والأموات والأطفال والمجانين.

وبعد الثورة الفرنسية(*) قامت المسئولية الجنائية على أساس من فلسفة الاختيار. ويسمى هذا المذهب بالمذهب التقليدى. وخلاصته، أنه لا يصح أن يسأل جنائيا إلا من يتمتع بالإدراك والاختيار، وأن الإنسان وحده هو الذى تتوافر فيه هاتان الصفتان، وأن الإنسان بعد سن معينة يستطيع أن يميز بين الخير والشر ويختار بينهما، ومثل هذا الشخص هو الذى توجه إليه أوامر الشارع ونواهيه، فإذا خالف الشارع مع قدرته على الإدراك والاختيار، كان من العدل أن يعاقب جزاء على مخالفة أمر الشارع. فأساس المسئولية هو الإدراك والاختيار، والعقوبة مفروضة ضمانا لتنفيذ أمر الشارع، وجزاء عادلا على مخالفته.

وبعد أن ساد المذهب التقليدى زمنا، ظهر المذهب الوضعى، وهو قائم على فلسفة الجبر، وخلاصته أن المجرم لايأتى الجريمة مختارا، وإنما يأتيها مدفوعا إليها بعوامل لاقبل له بها ترجع إلى الوراثة والبيئة والتعليم والتركيب الجثمانى. وإذا كان الجانى لاخيار له فى ارتكاب الجريمة، فقد امتنع عقابه طبقا للمذهب التقليدى، ولكن يمكن عقابه إذا عُدَّت العقوبة وسيلة من وسائل الدفاع عن الجماعة وحمايتها، وعلى أساس هذا المذهب يعاقب الإنسان سواء كان مختارا أو غير مختار، مدركا أو غير مدرك، عاقلا أو مجنونا، وإنما تختلف العقوبة التى تصيب كل جانٍ باختلاف سنه وعقليته. وقد أخذت بعض القوانين بهذا المذهب، ومنها القانون السوفيتى الصادر فى سنة ١٩٢٦، ولكن أكثر الدول لم تأخذ به.

ثم ظهر بعد ذلك مذهب آخر قصد منه التوفيق بين المذهبين السابقين، ويسمى مذهب الاختيار النسبي. ويرى أصحابه الإبقاء على المذهب التقليدى لأن الإنسان

(*) ظاهر من الهامش رقم (١) فيما بعد أن تضخيم آثار الثورة الفرنسية نقله فقيهنا عن كتاب الأستاذ على بدوى الذى نقله بلا شك عن بعض الكتب الفرنسية، وتراجع حاشيتنا على هذا البند ٢٧٧فيما بعد.

﴿عوده﴾ مهمـــا كـــان اختياره محدودا فإن لإرادته دخلا فى الجريمة. ولكن المذهب الجديد يضيف إلى المذهب القديم فكرة أخرى، وهى أن للمشرع أن يحمى الجماعة من إجـــرام الأشخاص الذين يمتنع عقابهم لانعدام إدراكهم أو اختيارهم، بأن يتخذ معهم إجـــراءات (وقائيـــة) خاصة مناسبة لحالتهم. وهذا المذهب هو الذى يسود القوانين الوضعية اليوم[1].

ويلاحـــظ أن المذهـــب القانونى الأخير يؤدى إلى نفس النتائج التى يؤدى إليها مذهـــب الشـــريعة الإســـلامية، ولا يفترق عنه إلا فى أن نظرية الشريعة أدق منطقا وأفضل صياغة. فهى تجعل العقوبة ضرورة اجتماعية ووسيلة لحماية الجماعة، وتفرق فى تطـــبيق وســـائل حماية الجماعة بين الشخص المختار المدرك وبين فاقد الإدراك أو الاختيار. أما المذهب القانونى، فأساس العقوبة فيه مخالفة أمر الشارع وتحقيق العدالة. وهـــذا الأساس مأخوذ عن المذهب التقليدى، وهو أساس يتعارض منطقيا مع معاقبة غير المسئول، أو اتخاذ أى إجراء ضده، إذ لا يمكن أن يقال إن فاقد الإدراك والاختيار خالف أمر الشارع، وإذا لم يكن قد خالف أمر الشارع فليس من العدالة فى شىء أن يؤاخـــذ بأى وجه من وجوه المؤاخذة. والشريعة الإسلامية، وإن كانت تجعل أساس المســـئولية الجـــنائية الإدراك والاخـــتيار، والمدرك المختار مسئولا كلما خالف أمر الشـــارع، وتَعُدُّ فاقد الإدراك أو الاختيار غير مسئول، إلا أنها تجعل العقاب (الجزاء) ضرورة اجتماعية ووسيلة لحماية المجتمع، وهذا يجعل من حق الشارع عقاب المسئول جـــنائيا بالعقوبـــة (أو الـــتدابير الوقائية) التى تحمى الجماعة منه، كما يجعل من حق الشارع أن يتخذ ضد غير المسئول الوسائل الملائمة لحماية الجماعة من شره وإجرامه إذا دعت الضرورة لذلك.

ويجـــب ألا ننسى بعد هذا أن نظرية الشريعة الإسلامية عُرفت منذ القرن السابع الميلادى، وأن أحدث المذاهب الوضعية لم يعرف إلا فى القرن العشرين، وأن ما يقال من أن القوانين تقوم على أسس حديثة لا تعرفها الشريعة هو قول أقل ما يقال فيه إنه يخالف الواقع .

---

(١) القانون الجنائى لعلى بدوى ص ٣٣٠، ٣٣٥.

〈عوده〉 ٢٧٨- ***معنى المسئولية الجنائية فى الشريعة***: معنى المسئولية الجنائية فى الشريعة أن يتحمل الإنسان نتائج الأفعال المحرمة التى يأتيها مختارا وهو مدرك لمعانيها ونتائجها. فمن أتى فعلا محرما وهو لا يريده كالمكره أو المغمى عليه لا يُسأل جنائيا عن فعله، ومن أتى فعلا محرما وهو يريده ولكنه لا يدرك معناه كالطفل أو المجنون لا يسأل أيضا عن فعله.

فالمسئولية الجنائية فى الشريعة تقوم على ثلاثة أسس : أولها : أن يأتى الإنسان فعلا محرما. ثانيها : أن يكون الفاعل مختارا. ثالثها : أن يكون الفاعل مدركا(١). فإذا وجدت هذه الأسس الثلاثة وجدت المسئولية الجنائية، وإذا انعدم أحدها انعدمت.

٢٧٩- ***معنى المسئولية الجنائية فى القوانين الوضعية*** : معنى المسئولية الجنائية فى القوانين الوضعية الحديثة هو نفس معنى المسئولية الجنائية فى الشريعة الإسلامية. وأسس المسئولية فى القوانين هى نفس الأسس التى تقوم عليها المسئولية فى الشريعة، ولا يخالف الشريعة إلا القوانين التى تقيم نظرية المسئولية على فلسفة الجبر، وعدد هذه القوانين محدود.

والقوانين الوضعية عامة لم تكن كذلك قبل الثورة الفرنسية(*)، فقد كان للمسئولية الجنائية فى ذلك الوقت معنى آخر، وهو أن يتحمل الفاعل أيا كان نتيجةَ فعله سواء كان إنسانا أو غير إنسان، مختارا أو غير مختار، مميزا أو غير مميز؛ فكأن أغلب القوانين الوضعية تسير الآن فى نفس الطريق الذى سلكته (بدأته) الشريعة الإسلامية (قبلها منذ ثلاثة عشر قرنا).

---

(١) اخترنا التعبير بالإدراك على التعبير بالتمييز، لأن الفقهاء يجعلون التمييز أدنى درجة من الإدراك.

(*) تراجع حاشيتنا على البند ٢٧٧.

فى مقارنـــته بين أحكام الشريعة والقوانين "العصرية"، يشير إلى أن فقهنا قد جمع بـــين مقصدين أساسيين هما الدفاع عن المجتمع الذى استوجب فى نظرهم اتخاذ تدابير لـــلوقاية من التصرفات الضارة حتى ولو كان من يرتكبها من غير المكلفين شرعا – وذلك بصفة استثنائية – إلى جانب الأصل العام وهو أن المسئولية الأخلاقية والعقوبة الجنائية تقع على المكلفين وحدهم الذين يتوافر لهم العقل وحرية الإرادة والاختيار.

وقد انتقد الفلسفات الأوربية المتناقضة فى الفقه الأوربي لأن بعضها كان يكتفى بالقول بأن الاختيار والمسئولية الأخلاقية هو أساس وحيد وشرط للمسئولية ويسوّغ الجـــزاءات الجنائية، ويتجاهلون ضرورات وقاية المجتمع من الأفعال التى تقع من غير المســـئولين أخلاقيـــا – فى حـــين أن البعض الآخر منها يرجح الآن ضرورة الدفاع الاجـــتماعى الذى يستوجب توقيع جزاءات على من لا تتوافر فيه شروط المسئولية الأخلاقيـــة والأهلية للتكليف، ويتجاهل الجانب الأخلاقى الذى هو الأصل العام فى الجزاء الجنائى.

أمـــا فقهاؤنـــا، فقد أراحونا من هذا التذبذب بين الاتجاهين المتناقضين فى الفقه الأوربي، لأنهـــم منذ البداية جمعوا بين هذين الأساسين فى نطاق التعزير الذى وسعوه ليدخل فى نطاقه تدابير وقائية أو احترازية لا تُعَدّ عقوبة جنائية متوقفة على المسئولية الأدبيـــة والأخلاقية وتستلزم الأهلية اللازمة لتحمل تبعات العقاب الجنائى. وكل ما نلاحـــظ عليه أنه لم يستعمل اصطلاح إجراءات الوقاية، بل إنه وصفها بأنها نوع من العقوبـــات، وحجـــته أن أسلافنا سموها تعازير، ناسيا أن كلمة تعازير عندهم لم تكن مرادفة للعقوبات كما يفهم كثيرون (ومنهم فقيهنا بكل أسف).

* * *

المهـــم هنا أنه حرص على تأكيد أن ما توصلت إليه القوانين العصرية أخيرا فيما يتعـــلق بالأســـاس الأخلاقي للمسئولية الجنائية مع جواز التدابير الوقائية فى حالات معينة، يتفق مع ما سبقت إليه شريعتنا وقررته - فى نطاق التعازير- قبل ذلك بقرون طويلة؛ فلها فضل السبق إلى الجمع بين هذه المقاصد والتوفيق بينها برغم أن المذاهب الفلسفية الأوربية المختلفة ما زالت تتذبذب بينها.

❁ الفرنسيون فى كتبهم يغالون فى نسبة كل شيء جديد لثورتهم وبعض أساتذتنا يتابعونهم فى ذلك :

ويؤسفنا أن المراجع القانونية المصرية التى استمد منها معلوماته عن تطور القوانين الوضعية تأثرت كلها بالاتجاه الفرنسى الذى يجعل الثورة الفرنسية هى بداية كل تطور عصرى ... وتتجاهل ما تميزت به القوانين الألمانية والانجليزية ... فى عصر النهضة الأوروبية. وتنسى أن الفرنسيين فى كتبهم يغالون فى نسبة كل شيء جديد لثورتهم.

المبحث الثانى
فى محل المسئولية الجنائية

<عوده> ٢٨٠- ***الإنسان محل المسئولية***: ولما كانت الشريعة الإسلامية تشترط أن يكون الفاعل مدركا مختارا، فقد كان طبيعيا أن يكون الإنسان فقط هو محل المسئولية الجنائية، لأنه وحده هو المدرك المختار. أما الحيوان أو الجماد، فلا يمكن أن يكون محلا للمسئولية الجنائية لانعدام الإدراك والاختيار.

ومحل المسئولية هو الإنسان الحى، فلا يمكن أن يكون الميت محلا للمسئولية الجنائية حيث ينعدم بالموت إدراكه واختياره، ولأن القاعدة فى الشريعة أن الموت يسقط التكاليف. وإذا كان اشتراط الإدراك والاختيار يجعل الإنسان وحده محل المسئولية الجنائية، فإن توافر هذين الشرطين يستوجب فوق ذلك أن يكون الإنسان المسئول عاقلا بالغا مختارا. فإن لم يكن كذلك فلا مسئولية عليه؛ لأن غير العاقل لا يكون مدركا ولا مختارا، ومن لم يبلغ سنا معينة لا يمكن أن يقال إنه تام الإدراك والاختيار، وعلى هذا فلا مسئولية على طفل ولا مجنون أو معتوه أو فاقد الإدراك بأى سبب آخر، ولا مسئولية على مكره أومضطر.

الشخصيات المعنوية: وقد عرفت الشريعة الإسلامية من يوم وجودها الشخصيات المعنوية؛ فَعَدَّ الفقهاء بيت المال جهة، والوقف جهة، أى: شخصا معنويا. وكذلك عُدَّت المدارس والملاجئ، والمستشفيات وغيرها، وجعلت هذه الجهات أو الشخصيات المعنوية أهلا لتملك الحقوق والتصرف فيها، ولكنها لم تجعلها أهلا للمسئولية الجنائية؛ لأن المسئولية تبنى على الإدراك والاختيار وكلاهما منعدم دون شك فى هذه الشخصيات، لكن إذا وقع الفعل المحرم ممن يتولى مصالح هذه الجهات، أو الأشخاص المعنوية كما نسميها الآن، فإنه هو الذى يعاقب على جنايته ولو أنه كان يعمل لصالح الشخص المعنوى.

ويمكن عقاب الشخص المعنوى كلما كانت العقوبة واقعة على من يشرفون على شئونه أو الأشخاص الحقيقيين الذين يمثلهم الشخص المعنوى، كعقوبة الحل والهدم والإزالة والمصادرة، كذلك يمكن شرعا أن يفرض على هذه الشخصيات ما يحد من نشاطها الضار حماية للجماعة ونظامها وأمنها.

وإذا كان هذا هو حكم الشريعة الإسلامية من ثلاثة عشر قرنا أى: من يوم وجودها، فإن القوانين الوضعية كانت إلى عهد غير بعيد تجعل الإنسان والحيوان والجماد

 محـلا للمسـئولية الجنائية، ولم تكن تفرق بين الإنسان الحى والميت ولابين المميز وغير المميز ولابين المختار والمكره؛ لأنها كانت تنظر إلى الجريمة بغض النظر عن فاعـلها، ومن ثم كان العاقل البالغ والصبى غير المميز والمجنون والمعتوه يعاقبون على جـرائمهم دون نظر إلى حالاتهم وعقلياتهم، بل كان الحيوان وكذلك الجماد يعاقب عـلى ما يمكن أن ينسب إليه من أفعال جنائية. أما اليوم بعد أن تغيرت الأسس التى كانت القوانين الوضعية تقوم عليها فإن هذه القوانين لا تعرف محلا للمسئولية الجنائية غـير الإنسان الحى، كما أنها تفرق فى حكمها بين المدرك المختار وبين فاقد الإدراك والاختيار، وبذلك أصبحت فى هذه النقطة مطابقة للشريعة الإسلامية.

٣٨١- *شخصية المسئولية الجنائية* : من القواعد الأولية فى الشريعة الإسلامية أن المسئولية الجنائية شخصية، فلا يسأل عن الجرم إلا فاعله، ولا يؤخذ امرؤ بجريرة غيره مهما كانت درجة القرابة أو الصداقة بينهما. وقد قرر القرآن الكريم هذا المبدأ العادل فى كثير من آياته. من ذلك قوله تعالى :﴿ولاتكسب كل نفس إلا عليها ولا تزر وازرة وزر أخرى﴾ [الأنعام:١٦٤]. ﴿ولاتزر وازرة وِزر أخرى﴾[الأنعام: ١٦٤، الإسراء: ١٥، فاطر : ١٨، الزمر: ٧]، ﴿وأن لّيس للإنسان إلا ما سعى﴾[النجم :٣٩]، ﴿من عمـل صـالحا فلنفسه ومن أساء فعليها﴾[فصلت :٤٦]، ﴿من يعمل سوءا يجز به﴾ [النساء:١٢٣]. وجاءت أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم تؤكد هذا المبدأ حيث يقـول : "لايؤخذ الرجل بجريرة أبيه ولابجريرة أخيه"، وحيث يقول لأبى رمثة وابنه : "إنه لا يجنى عليك ولا تجنى عليه".

ومبدأ شخصية المسئولية الجنائية يطبق تطبيقا دقيقا فى الشريعة الإسلامية من يوم وجودها. وليس لهذا المبدإ العام إلا استثناء واحد، وهو تحميل العاقلة الدية مع الجانى فى شـبه العمد والخطإ. وأساس هذا الاستثناء الوحيد هو تحقيق العدالة المطلقة، أى نفـس الأساس الذى قام عليه مبدأ شخصية العقوبة؛ لأن تطبيق هذا المبدإ على دية شـبه العمد والخطإ لا يمكن أن يحقق العدالة المطلقة بل إنه يؤدى إلى ظلم فاحش[١].
ومـن الفقهاء من لا يَعُدّ تحميل العاقلة الدية استثناء من مبدإ شخصية العقوبة، حيث يرى أنه ليس فى إيجاب الدية على العاقلة أخذهم بذنب الجانى، إنما الدية على القاتل. وأمر هؤلاء بالدخول معه فى تحملها على وجه المواساة له من غير أن يلزمهم ذنب جنايته.

---

(١) راجع الفقرة ٤٧٢.

<عوده> وقد أوجب الله فى أموال الأغنياء حقوقا للفقراء من غير إلزامهم ذنبا لم يذنبوه، بل على وجه المواساة، وأمر بصلة الأرحام بكل وجه أمكن ذلك، وأمر ببر الوالدين، وهذه كلها أمور مندوب إليها للمواساة وإصلاح ذات البين. فكذلك أمرت العاقلة بتحمل الدية عن قاتل الخطإ على جهة المواساة من غير إجحاف بهم وبه، وإنما يلزم كل رجل منهم ثلاثة دراهم أو أربعة مؤجلة ثلاث سنين. فهذا مما ندبوا إليه من مكارم الأخلاق. وقد كان تحمل الديات مشهورا فى العرب قبل الإسلام، وكان ذلك مما يُعَدّ من جميل أفعالهم ومكارم أخلاقهم، وقد قال النبى ﷺ : "بعثت لأتمم مكارم الأخلاق". فهذا فعل مستحسن فى العقول، مقبول فى الأخلاق والعادات[1].

وتأخذ اليوم القوانين الوضعية الحديثة بمبدإ شخصية المسئولية الجنائية، فلا يؤخذ بالجرائم غير جناتها، ولا تنفذ العقوبة إلا على من أجرم دون غيره. ولكن القوانين الوضعية لم تطبق هذا المبدأ بدقة تامة حتى الآن، والمتتبع لنصوصها يجد خروجا على هذا المبدإ فى كثير من الحالات. فالقانون المصرى مثلا، يَعُدُّ من اشترك فى تجمهر وهو عالم بالغرض منه مسئولا عن أى جريمة تقع من أحد المتجمهرين بقصد تنفيذ الغرض المقصود من التجمهر. كذلك يَعُدُّ مدبرى التجمهر مسئولين جنائيا عن أى جريمة يرتكبها أحد المتجمهرين، مع أن التطبيق الدقيق للمبدإ يستوجب عدم مسئوليتهم إلا إذا كانوا قد اتفقوا على ارتكاب هذه الجريمة أو حرضوا عليها.

ونجد مثل هذا فيما يقرره القانون المصرى من مسئولية رئيس تحرير الجريدة عما يكتب فى الجريدة ولو كان غائبا، وفى تحميل أصحاب بيوت العاهرات مسئولية المخالفات التى تقع ضد المواد ١٣، ١٤، ١٥، ١٦، ١٩ من لائحة العاهرات، وفى تحميل أصحاب المحلات العمومية مسئولية بعض الجرائم التى يرتكبها الغير فى هذه المحلات، وفى عَدّ الأب أو ولى الأمر مسئولا عن جريمة الصغير الذى حكم بتسليمه إليه إذا ارتكب الصغير جريمة ثانية فى خلال سنة من تاريخ الأمر بتسليمه، كما هو نص المادة ٦٩ من قانون العقوبات المصرى.

وإذا كان الشراح يعللون هذه الحالات بأن العقوبة تقع على خطإ من المعاقب لا على فعل غيره، فإنه من الواضح الذى لا جدال فيه أن خطأ المعاقب يفترض قانونا، وأنه يُعَدّ قائما بناء على فعل يقع من الغير لم يشترك فيه المعاقب بأى وسيلة من وسائل الاشتراك.

---

(١) أحكام القرآن لأبى بكر الرازى الجصاص ج ٢ ص ٢٢٤ .

〈عوده〉 ولم تكـــن القوانين الوضعية تطبق مبدأ شخصية المسئولية قبل الثورة الفرنسية[*] كما تطبقه اليوم، وإنما كانت تَعُدُّ المرء مسئولا عن عمله وعن عمل غيره ولو لم يكن عالما بعمـــل هـــذا الغـــير، ولو لم يكن له سلطان عليه. وكانت العقوبة تتعدى المجرم إلى أهله وأصدقائه، وتصيبهم كما تصيبه وهو وحده الجانى وهم البرآء من جنايته.

وإذا كـــانت القوانين الوضعية الحديثة قد أخذت أخيرا بمبدإ شخصية المسئولية الـــذى جـــاءت بـــه الشريعة الإسلامية من ثلاثة عشر قرنا، فإن الظاهر مما سبق أن القوانين الوضعية لم تصل فى تطبيق هذا المبدإ إلى الحد الذى وصلت إليه الشريعة، وأن دائرة تطبيقه فى القانون أضيق من دائرة تطبيقه فى الشريعة.

(*) تراجع حاشيتنا على البند ٢٧٧.

۞ 281،280 – الإنسان المسئول، والمسئولية شخصية:

الإنسان قد يكون جانيا أو مجنيا عليه. والأصل فى الجانى أن يكون مكلَّفا، أى أن يكون إنسانا، أى شخصا طبيعيا. وما يسمى بالشخص المعنوى لا يمكن أن يتحمل مسئولية جنائية، وإنما يتحملها من يمثلونه أو يعملون باسمه من الأشخاص الطبيعيين.

وقد عرف فقهاؤنا أشخاصا معنوية تكون محل تكليف أو مسئولية مدنية، مثل بيت المال، والوقف، بل والمؤسسات الاجتماعية أو المدنية مثل المدارس والملاجئ والمستشفيات التى لها ذمة مالية، فلها أهلية التملك والتصرف بواسطة من يمثلونها، لكنها لا تتحمل المسئولية الجنائية، وإذا نسب إليها خطأ جنائى فإن المسئول عنه يكون الشخص الطبيعى الذى قام به نيابة عنها أو المشرفون على نشاطها.

* * *

الأصل فى شريعتنا مبدأ أنه "لاتزر وازرة وزر أخرى". وفقيهنا يشير إلى أن إلزام "العاقلة" بتحمل الدية فى جرائم الخطإ لا يجوز عَدُّه استثناء على هذا المبدإ لأنه ليس المقصود به توقيع عقوبة جنائية على من لم يشاركوا فى الإثم من العاقلة، بل هو التزامهم الأخلاقى والاجتماعى بمساعدة أحد أفراد القبيلة لأداء ما يلتزم به من دية – والتضامن معه فى سداد الدية إنما هو مواساة له.

ونحن نضيف أن فى ذلك مواساة للمجنى عليه أيضا. أى أنه نوع من التأمين للمجنى عليه حتى لا يضيع حقه فى حالة عجز الفرد الجانى عن سداد الدية وحده، خصوصا وأن الدية مستحقة للمجنى عليه أو ولى دمه، ففيها عنصر التعويض عن الضرر الذى أحدثته الجريمة، وتضامن العاقلة فى سدادها يُعَدُّ فى نظرنا نوعا من الضمان الاجتماعى لصالح المجنى عليهم المتضررين من الجريمة وليس عقوبة جنائية.

والأمثلة التى ذكرها عن مسئولية المشتركين فى التجمهر أو رئيس التحرير وأصحاب بيوت الدعارة – فى القانون الوضعى – ليست من هذا القبيل، ولايصح عَدُّها من قبيل التضامن مع مرتكب الفعل، بل هى عقوبات أساسها الخطأ أو التقصير الذى افترضه الشارع ولايقبل إثبات العكس. وهذا توسع فى المسئولية الجنائية بجعلها مبنية على خطإ مفترض فى القوانين الوضعية. لكنا نرى أنه إذا قررته الجماعة تعزيرا فإنها تكون فى شريعتنا مجرد تدابير وقائية فى نظرنا، لذلك فإنها تكون جائزة على هذا الأساس – على أن تطبق عليها أحكام التعازير الوقائية.

(عوده) ٢٨٢ـ **المجنى عليه** :- المجنى عليه هو من وقعت الجناية[1] على نفسه، أو على ماله، أو على حق من حقوقه. ولا تستلزم الشريعة أن يكون المجنى عليه مختارا مدركا كمـــا استلزمت هذين الشرطين فى الجانى؛ لأن الجانى مسئول عن الجناية مأخوذ بها؛ ولأن المسئولية مترتبة على عصيان أمر الشارع[2]، وأوامر الشارع لا يخاطب بها إلا مـــدرك مختار. أما المجنى عليه فغير مسئول وإنما هو معتدى عليه، اكتسب بالاعتداء حقـــا قبل المعتدى وهو الجانى، وصاحب الحق لا يشترط فيه الإدراك ولا الاختيار، وإنما يشترط فيه فقط أن يكون أهلا لاكتساب الحقوق.

والحقـــوق الـــتى تنشـــأ عن الجرائم على نوعين:[3] حقوق الله تعالى[4] وحقوق للآدميـــين . فأما النوع الأول فينشأ عن الجرائم التى تمس مصالح الجماعة ونظامها، وأما النوع الثانى فينشأ عن الجرائم التى تمس الأفراد وحقوقهم. وعلى هذا، يصح أن يكـــون المجنى عليه إنسانا مميزا عاقلا أو مجنونا، ويصح أن يكون المجنى عليه طائفة من الناس كما لو بغت طائفة على أخرى، ويصح أن يكون المجنى عليه الجماعة كلها كما لو كانت الجريمة زنا أو ردة . وكما يصح أن يكون المجنى عليه شخصا طبيعيا، يصح أن يكون شخصا معنويا كأن يسرق الجانى مالا لشركة أو لوقف أو للدولة .

وإذا كـــان محل الجريمة حيوانا، أو مالا فى صورة الجماد، أو عقيدة من العقائد، فالمجنى عليه هو مالك الحيوان أو المال أو الهيئة التى تعتنق العقيدة .

---

(١) معنى الجناية فى الشريعة هو الجريمة أيا كانت، بغض النظر عما إذا كانت العقوبة المقررة عليها جسيمة أو بسيطة.

(٢) الأوامـــر التى يعاقب على عصيانها، إما أن يأمر بها الله أو الرسول أو أولى الأمر كالخليفة أو السلطان أو الحـــاكم. فـــإذا كـــان الآمر هو الله، فقد وجب الأمر بإيجابه وتعين نفاذه. أما إذا كان الآمر هو الرســـول أو ولى الأمـــر، فإن الأمر لا يجب بإيجاب الرسول أو ولى الأمر، وإنما يجب الأمر؛ لأن الله أوجـــب علينـــا طاعة الرسول وأولى الأمر فى قوله : ﴿يايها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمـــر منكم ﴾ [النساء: ٥٩]. فأمر الرسول وولى الأمر يجب بإيجاب الله، ومن ثم يكون كل أمر صادر من ولى الأمر مخالفا لأمر الله أو أمر الرسول باطل ولاتجب طاعته. راجع المستصفى للغزالى الجزء الأول ص ٨٣، وشرح مسلم الثبوت لعبد العلى الأنصارى ص ٢٥ ومابعدها.

(٣) راجع الفقرة ٧٤.

(٤) راجع الفقرة ١٧٥.

﴿عوده﴾ وظاهـــر ممـــا سبق أن المجنى عليه فى كل الصور والأحوال هو الإنسان، إما بحُسبانه فردا وإما بحُسبانه منتميا لهيئة.

وتعُـــدُّ الشريعة الإنسان مجنيا عليه ولو لم ينفصل عن أمه. فمن أحدث جائفة[١] بامـــرأة حامل فأجهضت فقد جنى على شخصين هما الأم والجنين، حيث أجاف الأم وأسقط الجنين، ووجبت عليه عقوبتان هما أرش[٢] الجائفة ودية الجنين[٣]. وإذا شربت الأم دواء فأجهضت فعليها دية الجنين[٤].

ويعـــرف الـــبعض الجنين فى هذا المقام بأنه ما طرحته المرأة من مضغة أو علقة مما يعلم أنه ولد. ويرى البعض أن الجنين هو ما استبانت خلقته، ويرى البعض الثالث أن الجنين هو ماوجدت الحياة فيه[٥].

والقاعدة فى الشريعة أن الإنسان تنتهى شخصيته بموته؛ فإذا مات أصبح لا وجود لـــه، وانتقـــلت أموالـــه وحقوقه إلى دائنيه وورثته. وإذا كانت نفس الإنسان وماله وحقوقه هى محل الجريمة، فلا يتصور أن يكون الإنسان بعد الموت محلا للجريمة إلا فى حالتين :

١ – الاعتداء على رفات الأموات: لا يُعَدُّ الاعتداء على جدث الميت أو رفاته جريمة واقعة على الميت بحُسبانه إنسانا، ولا يُعَدُّ الميت هو المجنى عليه، إنما يحرم الاعتداء على رفات الأموات بعَدِّه شيئا محرما لدى الجماعة وله حرمته فى نفوسهم. فالمجنى عليه فى الجريمة هو الجماعة، والشريعة تعاقب مرتكبها بعَدِّه معتديا على حرمة الأموات أو حرمة المقابر.

٢ – قـــذف الأموات : من القواعد الأولية فى الشريعة أن الدعوى لاتقام على القاذف إلا إذا تقدم المقذوف بالشكوى؛ لأن الجريمة تمس المجنى عليه مساسا شديدا وتتصـــل بعرضـــه وسمعته، ولأن للجانى الحق فى أن يثبت وقائع القذف، فإذا أثبتها أصبح المقذوف مسئولا عن الجريمة التى قذف بها ووجبت عليه عقوبتها. ولهذا، عُلِّق

---

(١) الجائفة هى الجرح النافذ للتجويف الصدرى أو البطنى .

(٢) الأرش هو بعض الدية .

(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٧، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٢٥، أسنى المطالب ج ٤ ص ٨٩، المغنى ج ٩ ص٥٣٥، ٥٤٢ .

(٤) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٨، أسنى المطالب ج ٤ ص ٩٢، المغنى ج ٩ ص ٥٥٧.

(٥) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٩٢ .

﴿عوده﴾ رفـــع الدعـــوى على شكوى المقذوف، فإذا شكى أخذت الدعوى سيرها. وإذا كان المقذوف حيا وقت القذف فله وحده حق الخصومة، فإن مات بعد القذف وقبل الشكوى فليس لغيره من ورثته أو عصابته أن يخاصم القاذف ويشكوه إلا إذا كـــان المقذوف قد مات قبل العلم بالقذف. أما إذا مات بعد الشكوى فتحل ورثته محله عند مالك والشافعي وأحمد، وتسقط الدعوى بموته عند أبي حنيفة، لأنه يرى أن حق المخاصمة فى دعوى القذف ليس حقا ماليا حتى يورَّث.

وإذا كان المقذوف ميتا، فجمهور الفقهاء يبيحون رفع الدعوى على القاذف بناء على شكوى الورثة أو الأصول والفروع. وحجتهم فى ذلك أن القذف يتعدى الميت إلى الأحيـــاء، وأنهـــم قدح فى نسبهم فكأن القاذف قذفهم معنى، ولهذا كان لهم حق تحريك الدعوى دفعا للعار عن أنفسهم. ويرى بعض الفقهاء أن العار يلحق الأصول والفروع دون غيرهم، ولهذا قصر حق المخاصمة عليهم. ويرى البعض أن العار يلحق كـــل الورثـــة، وأصحاب هذا الرأى يبيحون للورثة جميعا حق المخاصمة. وعلى كل حـــال، فمن له حق المخاصمة يستطيع أن يخاصم دون توقف على غيره ممن له نفس الحق، ولو كان هذا الغير أقرب درجة للميت، أى أن الأبعد يستطيع أن يخاصم ولو لم يخاصم الأقرب[1].

وإذا كان الفقهاء يعللون المخاصمة بأنها لدفع العار عن المخاصِم من أصول الميت أو فـــروعه أو ورثـــته، وكـــان للأبعد أن يخاصم مع وجود الأقرب، فمعنى ذلك أن الدعـــوى قصد منها حماية الأحياء لا حماية الميت، ودفع العار عنهم لا عنه، خصوصا وأن القذف يتعدى دائما المقذوف إلى غيره، إذ القذف فى الشريعة معناه نفى النسب عـــن المقذوف أو نسبة الزنا إليه. فالمقذوف، سواء كان رجلا أو امرأة، إذا نفى عنه نسبه تعدَّاه نفيُ النسب إلى أصوله وفروعه وورثته، وإذا كان امرأة فنسب إليها الزنا تعداها القذف إلى أصولها وفروعها وورثتها.

٢٨٣ـ ***الشـــريعة والقـــانون*** : تتفق القوانين الوضعية مع الشريعة الإسلامية فيما قلناه عن المجنى عليه، فيصح فيها أن يكون المجنى عليه إنسانا مميزا أو غير مميز، عاقلا أو

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٥، الزيلعى ج ٣ ص ٢٠٣، ٢٠٤، الشرح الكبير ج ١ ص ٢٣٠ وما بعدها، المهذب ج ٢ ص ٢٩٢.

‹عوده› مجـــنونا، ويصح أن يكون إنسانا طبيعيا أو معنويا، وفردا أو جماعة. كما أن القوانين الوضعية تحمي الجنين قبل أن ينفصل عن أمه، فتعاقب على الإجهاض[1] سواء حـــدث من الأم أو من غيرها، وتحمى جدث الميت ورفاته، فتعاقب من ينتهك حرمة القبور[2]، وهى فى ذلك تتفق مع الشريعة.

أمـــا فـــيما يتعلق بالقذف فالرأى السائد فى القوانين الوضعية اليوم أن القوانين توضـــع لحماية الأحياء دون الأموات[3]، ومن ثم فقذف الميت لا عقاب عليه إلا إذا تعـــدى أثـــر القـــذف إلى الأحياء من ورثة المقذوف أو ذوى قرباه فلا مانع إذن من المحاكمة والعقاب.

وبعـــض القوانين لا يعلق رفع الدعوى على شكوى المقذوف أو ورثته كما هو الحـــال فى القـــانون المصـــرى، ولكن بعض القوانين يشترط لرفع الدعوى شكوى المقـــذوف كما هو الحال فى القانون الفرنسى، فإذا مات المجنى عليه سقط بموته حق الشكوى إلا إذا قصد من القذف المساس بكرامة أسرة المقذوف وذويه الأحياء فيحق لهم حينئذ أن يرفعوا الشكوى باسمهم.

واتجـــاه القوانـــين الوضـــعية فى قذف الأموت لا يكاد يختلف عن اتجاه الشريعة، فدعـــوى القـــذف فى الشريعة تمس دائما أسرة المقذوف وأهله. فإذا أجازت الشريعة للورثة رفع الدعوى دون قيد، فإن هذا يساوى تماما ما أجازته القوانين للورثة من رفع الدعـــوى فى حالـــة المســـاس بهم؛ لأن القوانين لا تقصر القذف على نسبة الزنا ونفى النســـب كما هو الحال فى الشريعة، وإنما تَعُدُّ القوانين قاذفا كل من أسند لغيره واقعة توجب احتقاره. ومن المسلم به أن كثيرا مما يُعَدُّ قذفا فى القوانين لا يمس ورثة المقذوف أو أهلـــه الأحياء، أما نسبة الزنى للمقذوف ونفى النسب عنه فلا شك فى أنه يمسهم. ومـــن ثم يمكن القول : بأن القوانين تجيز دائما ودون قيد لورثة المقذوف وأهله الأحياء أن يـــرفعوا الدعـــوى فى هاتين الحالتين على القاذف. أما تعليق الدعوى على شكوى المقذوف فقد رأينا أن بعض القوانين كالقانون الفرنسى يتفق مع الشريعة فى هذا المبدإ، وأن قوانين أخرى منها القانون المصرى لا تعلق رفع الدعوى على شكوى القاذف.

---

(١) راجع المواد ٢٦٠ - ٢٦٤ من قانون العقوبات المصرى.

(٢) راجع المادة ١٦٠ من قانون العقوبات المصرى.

(٣) أحمـــد أمـــين ص ٥٤٤، ٥٥٥ - القانون الجنائى لأحمد صفوت ص ١٥٣ ومابعدها، شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص ٣٥٨.

❁ 282، 283 – المجتمع مجنى عليه دائما فى نظرنا :

لقد توسع فى بيان صفات من وقعت عليه الجريمة، وأنه قد يكون شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا أو جماعة. ولم نكن فى حاجة لذلك التفصيل فى رأينا، لأن المجنى عليه فى جميـــع الجرائم فى نظرنا هو المجتمع وأمنه واستقراره. والأمثلة التى ذكرها عن الاعتداء عـــلى حـــرمة الموتى أو مقابرهم، أو سمعة الأموات فى جريمة القذف فى حقهم، ليست استثناءات بل هى تؤيد هذا النظر، لأن مثل هذه الاعتداءات تُعَدُّ إخلالا بنظام المجتمع الذى يضمن لأفراده حرمة سواء كانوا أحياء أو أمواتا، أفرادا أو جماعات.

وتوسع فى المقارنة بين القوانين الوضعية وأحكام الشريعة فيما يتعلق بجريمة القذف الـــتى افـــترض أنها مقصورة على حالة القذف المعاقب عليه بالحد فى شريعتنا، وهذا افـــتراض غـــير صحيح – لأننا نرى أن عقوبات التعزير يمكن أن توقع على مرتكب جميـــع أفعال القذف فى حالة عدم توافر الشروط اللازمة لتوقيع عقوبة الحد، وبالتالى فإن الجزاء الجنائى الشرعي– تعزيرا – يمكن أن يتسع لجميع صور القذف التى يعاقب عـــليها فى القوانين الوضعية إذا رأت الأمة ومجتهدوها ذلك برغم أنها لا تتوافر فيها الشروط اللازمة لعقوبة الحد فى القذف. وعلى العموم، سوف نعود لذلك عند الكلام عن الجرائم الخاصة فيما بعد.

المبحث الثالث
سبب المسئولية ودرجاتها

‹عوده› ٣٨٤- *سبب المسئولية الجنائية وشرطها* : السبب هو ما جعله الشارع علامة على مسببه، وربط وجود المسبب بوجوده، وعدمه بعدمه، بحيث يلزم من وجود السبب وجود المسبب ومن عدمه عدمه[١].

والشرط هو ما يتوقف وجود الحكم الشرعى على وجوده، ويلزم من عدمه عدم الحكم[٢].

وسبب المسئولية الجنائية هو ارتكاب المعاصى، أى إتيان المحرمات التى حرمتها الشريعة، وترك الواجبات التى أوجبتها. وإذا كان الشارع قد جعل ارتكاب المعاصى سببا للمسئولية الجنائية، فإنه جعل وجود المسئولية الشرعى موقوفا على توافر شرطين لا يغنى أحدهما عن الآخر، وهما : الإدراك والاختيار، فإذا انعدم أحد هذين الشرطين انعدمت المسئولية الجنائية، وإذا وجد الشرطان معا وجدت المسئولية. فالسرقة معصية حرمها الشارع وجعل القطع عقوبة لفاعلها. فمن سرق مالا من آخر فقد جاء بفعل هو سبب للمسئولية الجنائية، ولكنه لا يسأل شرعا إلا إذا وجد فيه شرطا المسئولية وهما الإدراك والاختيار، فإن كان غير مدرك كمجنون مثلا فلا مسئولية عليه، وإن كان مدركا ولكنه غير مختار فلا مسئولية عليه أيضا.

وإذا وجد سبب المسئولية، وهو ارتكاب المعصية، ووجد شرطاها، وهما الإدراك والاختيار، عُدَّ الجانى عاصيا، وكان فعله عصيانا أى خروجا على ما أمر به الشارع، وحقت عليه العقوبة المقررة للمعصية. أما إذا ارتكبت المعصية، ولم يتوافر فى الفاعل شرطا المسئولية أو أحدهما، لا يُعَدُّ الفاعل عاصيا ولا يُعَدُّ فعله عصيانا. وإذن فالوجود الشرعى للمسئولية الجنائية متوقف على وجود العصيان، وعدمها تابع لعدمه.

والعصيان فى الشريعة يقابل الخطأ والخطيئة (La Faute) فى تعبير القوانين الوضعية، ولكن التعبير بالعصيان أدق فى دلالته على المعنى المقصود، (وهو مخالفة أمر الشارع)

---

(١) أصول الفقه للأستاذ عبد الوهاب خلاف ص ٩١.

(٢) أصول الفقه للأستاذ عبد الوهاب خلاف ص ٩٣.

﴿عوده﴾ من التعبير بالخطإ والخطيئة، فضلا عن أن التعبير الأخير يؤدى إلى الخلط بين لفظ الخطإ بمعنى غير المتعمد، وبين لفظ الخطإ بمعنى مخالفة أمر الشارع.

٢٨٥ - *درجات المسئولية* : رأينا فيما سبق أن الوجود الشرعي للمسئولية الجنائية يتوقف على وجود العصيان، فمن الطبيعي إذن أن تكون درجات المسئولية تابعة لدرجات العصيان . والأصل في هذه المسألة أن الشريعة الإسلامية تقرن دائما الأعمال بالنيات وتجعل لكل امرئ نصيبا من نيته. وهذا معنى قول الرسول صلى الله عليه وسلم : "إنما الأعمال بالنيات. وإنما لكل امرئ ما نوى". والنية محلها القلب ومعناها القصد، فتقول العرب نواك الله بحفظه أى قصدك الله بحفظه. فمن انتوى بقلبه أن يفعل ما حرمته الشريعة ثم فعل ما انتواه فقد قصده.

وتطبيقا لقاعدة اقتران الأعمال بالنيات لا تنظر الشريعة للجناية وحدها عندما تقرر مسئولية الجانى، وإنما تنظر إلى الجناية أولا وإلى قصد الجانى ثانيا، وعلى هذا الأساس ترتب مسئولية الجانى(١).

والمعاصى التى يمكن أن تنسب للإنسان المدرك المختار فيسأل عنها جنائيا لا تخرج عن نوعين :نوع يأتيه الإنسان وهو ينتوى إتيانه ويقصد عصيان الشارع، ونوع يأتيه الإنسان وينتوى إتيانه ولا يقصد عصيان الشارع، أو لا ينتوى إتيانه ولا يقصد العصيان ولكن الفعل يقع بتقصيره أو بتسببه. فالنوع الأول هو ما يتعمده قلب الإنسان، والنوع الثانى هو ما يخطئ به.

ولما كانت الشريعة الإسلامية تقرن الأعمال بالنيات كما قلنا، فقد فرقت فى المسئولية الجنائية بين ما يتعمد الجانى إتيانه وبين ما يقع من الجانى نتيجة خطئه، وجعلت مسئولية الجانى العامد مغلظة ومسئولية الجانى المخطئ مخففة. وعلة التغليظ على العامد أنه يتعمد العصيان بفعله وقلبه فجريمته متكاملة، وعلة التخفيف على المخطئ أن العصيان لا يخطر بقلبه وإن تلبس بفعله فجريمته غير متكاملة. وقد فرق القرآن بين العامد والمخطئ فى قوله تعالى :﴿وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن مَّا تعمدت قلوبكم﴾ [الأحزاب :٥]. وكرر الرسول عليه الصلاة والسلام هذا المعنى فى قوله:"رفع عن أمتى الخطأ والنسيان"

---

(١) أعلام الموقعين ج ٣ ص ١٠١ - ١٠٤ - الإحكام فى أصول الأحكام لابن حزم ج ٥ ص ١٤١ ومابعدها - الأشباه والنظائر ص ٨ وما بعدها.

﴿عوده﴾ والمقصـــود مـــن "عدم الجناح" ومن "رفع الخطإ" هو تخفيف مسئولية المخطئ وعـــدم تسويته بالعامد. ولا يقصد من هذين التعبيرين محو المسئولية الجنائية كلية. وليس أدل على ذلك من أن الله جل شأنه جعل عقوبة القتل العمد القصاص، وجعل عقوبة القتل الخطإ الدية والكفارة، فغلظ مسئولية العامد وخفف مسئولية المخطئ ولم يمحها كـــلية، وذلـــك قوله تعالى : ﴿يأيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى﴾ [الـــبقرة:١٧٨]. وقولـــه: ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس﴾[المائدة :٤٥]. وقوله: ﴿وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة وديـــة مســـلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقـــبة مؤمـــنة وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة﴾ [النساء :٩٢].

وهكـــذا تتـــنوع المسئولية الجنائية وتتعدد درجاتها بحسب تنوع العصيان وتعدد درجاتـــه. فـــإذا أردنا أن نعرف مدى تنوع المسئولية وتعدد درجاتها فعلينا أن نعرف مدى تنوع العصيان وتعدد درجاته.

وقد عرفنا فيما سبق أن العصيان إما أن يتعمده العاصى وإما أن يخطئ به، فهو إما عمـــد وإمـــا خطأ. والعمد والخطأ كلاهما على نوعين بحسب درجة جسامته؛ فالعمد ينقســـم إلى عمـــد وشبه عمد، والخطأ ينقسم إلى خطإ وما جرى مجرى الخطإ. ومن ثم يكون العصيان على أربع درجات، وبالتالى تكون المسئولية الجنائية على أربع درجات؛ لأنها تقوم على العصيان، وتغلظ وتخفف بحسب درجة العصيان من الجسامة والبساطة.

١ – العمـــد : المعـــنى العام للعمد هو أن يقصد الجانى إتيان الفعل المحظور. فمن شرب الخمر وهو يقصد شربها فقد شربها متعمدا، ومن سرق وهو يقصد السرقة فقد تعمدهـــا. والعمـــد هـــو أجسم أنواع العصيان، وترتب عليه الشريعة أجسم أنواع المسئولية، وتفرض عليه أغلب العقوبات.

وللعمد فى القتل معنى خاص عند جمهور الفقهاء، هو أن يقصد الجانى الفعل القاتل ويقصد نتيجته.

ويفـــرق جمهور الفقهاء بين القتل الذى يتوافر فيه هذا المعنى الخاص وبين القتل الذى يتوافر فيه العمد بمعناه العام فقط، ويسمون الأول القتل العمد. ويسمون الثانى القتل شبه العمد.

<عوده> ٢ - شبه العمد: لا تعرف الشريعة شبه العمد إلا فى القتل والجناية على ما دون النفس(١)، وهو غير مجمع عليه من الأئمة. فمالك لا يعترف به فى القتل ولا فيما دون القتل. ويرى أنه ليس فى كتاب الله إلا العمد والخطأ، فمن زاد قسما ثالثا زاد على النص. ذلك أن القرآن نص على القتل العمد والقتل الخطإ فقط، فقال تعالى: ﴿ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم﴾[النساء:٩٣]. وقال : ﴿وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأ﴾ [النساء:٩٢]. وعلى أساس هذا الرأى يعرف مالك العمد فى القتل بأنه إتيان الفعل بقصد العدوان، فهو لا يشترط أن يقصد الجانى الفعل ويقصد نتيجته(٢).

ويتفق أبو حنيفة والشافعى وأحمد(٣) فى الاعتراف بشبه العمد فى القتل، ولكنهم يختلفون فى وجوده فيما دون النفس. فيرى الشافعى(٤) أن العمد فيما دون النفس إما أن يكون عمدا محضا وإما أن يكون شبه عمد، وهذا هو الرأى الراجح فى مذهب أحمد(٥). ويرى أبو حنيفة(٦) أن شبه العمد لا يوجد فيما دون النفس ورأيه يتفق مع الرأى المرجوح فى مذهب أحمد(٧).

وشبه العمد فى القتل معناه إتيان الفعل القاتل بقصد العدوان دون أن تتجه نية الجانى إلى إحداث القتل، ولكن الفعل يؤدى للقتل. وحجة القائلين به أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "ألا إن فى قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا والحجر مائة من الإبل". وسمى شبه العمد بهذه التسمية؛ لأنه يشبه العمد من حيث قصد الفعل ولا يشبه من حيث انعدام قصد الفعل (النتيجة).

---

(١) الجناية على ما دون النفس معناها الاعتداء على الجسم بما لا يؤدى للقتل، كالضرب والجرح وقطع الأطراف وغير ذلك.

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤١.

(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ٢٣٥، الزيلعى ج ٦ ص ٩٧، المغنى ج ٩ ص ٣٢٠.

(٤) الأم ج ٦، ص ٤٥.

(٥) الإقناع ج ٤ ص ١٨٩.

(٦) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٨٧.

(٧) المغنى ج ٩ ص ٤١٠.

〈عوده〉 وشبه العمد فيما دون النفس معناه إتيان الفعل بقصد العدوان دون أن تتجه نية الجانى إلى إحداث النتيجة التى انتهى إليها الفعل. وشبه العمد أقل جسامة من العمد، وينبنى على ذلك أن تكون عقوبة شبه العمد أخف من عقوبة العمد. فعقوبة العمد الأساسية القصاص وعقوبة شبه العمد الدية والتعزير إن رأى ولى الأمر تعزير الجانى.

٣ – الخطأ : هو أن يأتى الجانى الفعل دون أن يقصد العصيان، ولكنه يخطئ إما فى فعله وإما فى قصده. فأما الخطأ فى الفعل، فمثله أن يرمى طائرا فيخطئه ويصيب شخصا. وأما الخطأ فى القصد فمثله أن يرمى من يعتقد أنه جندى من جنود الأعداء؛ لأنه فى صفوفهم أو عليه لباسهم فإذا به جندى من جنود الوطن معصوم الدم.

٤ – ما جرى مجرى الخطإ : يلحق الفعل بالخطإ ويُعدُّ جاريا مجراه فى حالتين :

أولاهما : ألا يقصد الجانى إتيان الفعل ولكن الفعل يقع نتيجة تقصيره، كمن ينقلب وهو نائم على صغير بجواره فيقتله. وثانيتهما : أن يتسبب الجانى فى وقوع الفعل المحرم دون أن يقصد إتيانه، كمن يحفر حفرة فى الطريق لتصريف ماء مثلا فيسقط فيها أحد المارة ليلا. والخطأ أكثر جسامة مما جرى مجرى الخطإ؛ لأن الجانى فى الخطإ يقصد الفعل وتنشأ النتيجة المحرمة عن تقصيره وعدم احتياطه، أما فيما جرى مجرى الخطأ فالجانى لا يقصد الفعل ولكن الفعل يقع نتيجة تقصيره أو تسببه.

واول من قسم الخطأ إلى خطإ وما جرى مجراه هو أبو بكر الرازى. فقد رأى أن الفعل فى الخطإ مقصود إلا أن الخطأ يقع تارة فى الفعل وتارة فى قصد الفاعل، ولا ينطبق هذا على الساهى والنائم والمتسبب، ولما كان فعل كل من هؤلاء غير مقصود أصلا فليس هو إذن فى حيز الخطإ كما أنه ليس فى حيز العمد أو شبه العمد. ولما كان حكم فعل الساهى والنائم والمتسبب هو حكم الخطإ من حيث الجزاء فقد رأى أبو بكر الرازى إلحاقه بالخطإ بعدّه جاريا مجراه[1].

٢٨٦ـ *الشريعة والقانون* : وتتفق القوانين مع الشريعة فيما ذكرنا من سبب المسئولية وشرطها. فسبب المسئولية فى القانون هو ارتكاب الجرائم، وشرط المسئولية هو الإدراك والاختيار كما هو الحال فى الشريعة، ولا مسئولية ما لم يكن الجانى مخطئا أى عاصيا، ودرجات المسئولية تتعدد وتتنوع بحسب تنوع الخطأ[2] وتعدده.

---

(١) احكام القرآن لأبى بكر الرازى الجصاص ج ٢ ص ٢٢٣.

(٢) ذكرنا فيما سبق أن الخطأ أو الخطيئة فى القانون يقابل العصيان فى الشريعة.

<عوده> والخطأ فى القانون على نوعين :عمد وخطأ، والخطأ على نوعين خطأ بإهمال وخطـأ بسـيط. ويدخل تحت العمد ما يدخل فى الشريعة تحت العمد وشبه العمد، ويدخل تحت الخطإ ما يدخل تحت الخطإ فى الشريعة وما يجرى مجراه.

والقوانـين الوضعية إن كانت لا تعترف بشبه العمد فى القتل، إلا أنها تجعل هذا النوع من القتل ضربا مفضيا للموت، وتخفف عقوبته عن عقوبة القتل العمد، فتصل بذلك إلى الغرض الذى ترمى إليه الشريعة من التفرقة بين القتل بقصد الضرب والقتل بقصد القتل. فالخلاف إذن بين الشريعة والقانون خلاف فى التسمية لا غير. ولا شك فى أن تعـبير الشريعة بالقتل شبه العمد أصح منطقا من تعبير القوانين الوضعية، ذلك أن القـتل شـبه العمد يندرج تحته الموت الناشئ عن الضرب والجرح وإعطاء المواد السامة والضارة والتغريق والتحريق والتردية والخنق، وكل ما يدخل تحت القتل العمد إذا انعدمت نية القتل عند الجانى وتوافر قصد الاعتداء. ولفظ القتل يدخل تحت كل مـا يؤدى للموت، فاختيار الفقهاء لهذا التعبير للدلالة على هذه الأنواع المختلفة من الاعتداء والإيذاء هو اختيار موفق؛ لأنها تنتهى جميعا بالموت، أما لفظ الضرب المفضى للموت الذى عبرت به القوانين الوضعية فإذا دخل تحته الضرب باليد أو بأداة أخرى فإنـه لا يمكـن أن يندرج تحته غير ذلك من أنواع الإيذاء والاعتداء المختلفة الصور والوسـائل كالـتغريق والتحريق والتردية والخنق، وشراح القانون المصرى يعترفون بقصور لفظ الضرب عن استيعاب المعنى الذى يندرج تحته قانونا.

284- 286 – السبب والشروط – ودرجات العمد والخطإ :

فى كلامـــه عن سبب المسئولية الجنائية، عرفه بأنه ارتكاب "المعاصى". ونحن نرى أن ذلك لا يكفى بل يجب أن نحدد المعاصي التى توجب المسئولية الجنائية بأنها هى التى ورد نص بتجريمها، سواء كان هذا النص قرآنا أو سنة فى الحدود والقصاص، أو نصا تعزيـــريا فى غير هذه الحالات، على التفصيل الذى توسعنا فيه عند كلامنا عن المبدإ الأساسى بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص – وهذا مبدأ عنى به الشهيد عناية خاصة، لكنـــنا أضـــفنا قيـــدا مهما وهو ضرورة وجود نص فى التعازير أيضا، وجعلنا ذلك مسوّغا لضرورة التقنين فى العصر الحاضر والمستقبل ولم يعد يكفى النصوص الفقهية ولا أحكام القضاء للأسباب العديدة التى ذكرناها فى كلامنا عن الركن الشرعى. أما شـــرطا المسئولية، وهما الإدراك والاختيار، فهما عنصران أساسيان يجب توافرهما فى كل مكلف، وسنعود لبحثهما فى موانع المسئولية.

بـــلغ من دقة فقهائنا أنهم لا يقفون عند حد التفرقة بين جرائم العمد وجرائم الخطإ كمـــا يفعـــل الفقه العصرى، بل يضيفون إلى العمد نوعا يقل عنه درجة ويسمونه شبه العمـــد، حيـــث تقرر عقوبة أقل من عقوبة الجريمة العمدية فى جريمة القتل التى تسميها القوانين الوضعية ضربا أفضى إلى الموت – وهى عمدية لأن الجانى قصد الفعل وتعمده، لكـــنها ليســـت قـــتلا عمدا لأنه لم يقصد النتيجة التى أدى إليها الفعل وهى "الموت". وظاهـــر أن هـــذا التمييز خاص بجريمة القتل العمد فى نظر المشرع الوضعى نظرا لشدة العقوبة المقررة للقتل العمد لكنها فى الفقه قاعدة عامة .

أكـــثر من ذلك نرى أن الفقه الإسلامى أضاف إلى جرائم الخطإ نوعا أقل خطورة سمـــوه "ما جرى مجرى الخطإ"، وهى الحالات التى يكون الخطأ فيها أقل وعلاقة السببية بينه وبين النتيجة بعيدة إلى حد كبير.

❁ جزاء فعل الخطإ يُعَدّ تدبيرا وقائيا أو تعويضا مدنيا ، ولا داعي لوصفه بأنه عقوبة :

وكمـــا فى الحالة الأولى، فإن هذه الدقة موضوعها الأصلى هو جريمة القتل الخطإ كما كان المثل السابق موضوعه القتل العمد، وقد استلزم ذلك خطورة النتيجة التى وقعت فى الحالتين وهى موت إنسان بحسبانها نتيجة خطيرة لا بد من التدقيق فى حالات العقـــاب ومقدار العقوبة على من يرتكبها أو يتسبب فيها على التفصيل الذى توسع فيـــه فقهاؤنا – وتميزوا به عن فقهاء القانون الوضعى – بسبب عناية المشرع الإلهى بحـــرمة الحـــق الأول لكل إنسان، وهو حقه فى الحياة وحمايته من كل ما يهددها من أفعـــال عمدية أو غير عمدية وكذلك شبه العمد وما جرى مجرى الخطإ أيضا – على التفصيل الذى أفاض فيه فقيهنا.

وقـــد خالفـــناه فى مجاراة القوانين الوضعية بوصف فعل الخطإ بأنه جريمة والجزاء المترتب عليه عقوبة، وكان يكفى فى نظرنا عَدُّه تدبيرا وقائيا أو تعويضا مدنيا.

المبحث الرابع
فى قصد العصيان أو القصد الجنائى

<عوده> ٢٨٧ـ *قصد العصيان أو القصد الجنائى* : بينا فيما سبق أن أساس المسئولية الجنائية هو العصيان، أى عصيان أمر الشارع، وأن مسئولية الجانى تختلف باختلاف درجة العصيان، فإن قصد الجانى العصيان شددت العقوبة، وإن لم يقصد العصيان خففت العقوبة. فقصد العصيان عامل أولى فى تعيين عقوبة الجانى، وهذا القصد هو ما نسميه اليوم فى اصطلاحنا القانونى بالقصد الجنائى.

وقصد العصيان أو القصد الجنائى هو تعمد إتيان الفعل المحرم أو تركه(*) مع العلم بأن الشارع يحرم الفعل أو يوجبه. وينبغى ألا يفوتنا إدراك الفرق بين العصيان وبين قصد العصيان. فالعصيان عنصر ضرورى يجب توافره فى كل جريمة سواء كانت الجريمة بسيطة أو جسيمة من جرائم العمد أو من جرائم الخطإ، فإذا لم يتوافر عنصر العصيان فى الفعل فهو ليس جريمة. أما قصد العصيان، فلا يجب توافره إلا فى الجرائم العمدية دون غيرها. والعصيان هو فعل المعصية، أى : إتيان الفعل المحرم أو الامتناع عن الفعل الواجب دون أن يقصد الفاعل العصيان، كمن يلقى حجرا من نافذة ليتخلص منه فيصيب به مارا فى الشارع، فهو قد فعل معصية بإصابة غيره، ولكنه لم يقصد بأى حال أن يصيب غيره، ولم يقصد بالتالى فعل المعصية. أما قصد العصيان، فهو اتجاه نية الفاعل إلى الفعل أو الترك مع علمه بأن الفعل أو الترك محرم، أو هو فعل المعصية بقصد العصيان كمن يلقى حجرا من نافذة بقصد إصابة شخص مار فى الشارع فيصيبه، فإنه يرتكب معصية لم يأتها إلا وهو قاصد فعلها. ويتفق هذا المثل مع المثل السابق فى أن كلا من الجانبين أتى معصية حرمها الشارع، ويختلف المثلان فى أن الجانى فى المثل الثانى قصد إتيان المعصية بينما الجانى فى المثل الأول لم يقصد إتيان المعصية.

والتفرقة بين العصيان وبين قصد العصيان تقابل التفرقة بين الإرادة volonte وهى تعمد الفعل المحرم أو تركه ماديا وبين القصد intention وهو تعمد النتيجة المترتبة على الفعل المادى، تلك التفرقة التى نقول بها اليوم فى القوانين الوضعية. ولا شك فى أن التعبير بالعصيان عن إتيان الفعل المادى وبقصد العصيان عن تعمد

(*) يقصد ترك الفعل الواجب -كما أوضح بعد بضعة سطور.

〈عوده〉 نتـــيجة الفعل هو تعبير أكثر دقة ودلالة على هذين المعنيين من التعبير عنهما بـــالإرادة والقصـــد؛ لأنه ليس ثمة فرق بين الإرادة والقصد من الوجهة اللغوية، وهما لفظان مترادفان يصلح كلاهما للدلالة على تعمد الفعل وتعمد نتيجته، وهذه الصلاحية اللغوية تؤدى إلى الخلط بين المعانى الفنية كما تؤدى إلى العجز عن تمييزها أحيانا.

وقصد العصيان أو القصد الجنائى قد يوجد لدى الجانى قبل اقتراف الجريمة، كأن ينتوى قتل إنسان ثم ينفذ القتل بعد ذلك بزمن ما، وقد يعاصر القصد الجريمة كما هو الحال فى جرائم المشاجرات أو فى الجرائم التى تحدث بغتة بغير تدبير سابق. ويستوى فى الشريعة أن يكون القصد سابقا للجريمة أو معاصرا لها، فالعقوبة فى الحالين واحدة؛ لأن أســـاس تقديـــر العقوبـــة هو القصد المقارن للفعل وقد توافر. ولا يصح تشديد العقـــاب مقـــابل القصد السابق على الفعل؛ لأن معنى ذلك هو العقاب على القصد وحده مستقلا عن الفعل. والقاعدة فى الشريعة أن لاعقاب على حديث النفس وقصد الجريمة قبل ارتكابها، لقوله عليه الصلاة والسلام : "إن الله تجاوز لأمتى عما وسوست أو حدثـــت بـــه أنفســـها مالم تعمل به أو تكلم". وعلى أساس هذه القاعدة لاتفرق الشريعة فى القتل والجرح بين العمد مع سبق الإصرار والترصد وبين العمد الخالى من ســـبق الإصرار والترصد، بل تجعل العقوبة واحدة فى الحالين. فعقوبة القتل العمد هى القصاص سواء سبقه إصرار وترصد أو لم يسبقه، وعقوبات الشجاج والجراح فى حالة العمـــد مع سبق الإصرار والترصد هى نفس عقوباتها فى حالة التعمد الخالى من سبق الإصرار والترصد.

والقوانين الوضعية لا تعاقب على النية مستقلة عن الفعل أو القول كقاعدة عامة، ولكـــنها مع ذلك تفرق فى بعض الجرائم بين عقوبة العمد المصحوب بسبق إصرار أو ترصـــد وبين عقوبة العمد الذى لم يصحبه سبق إصرار أو ترصد. وقد جرى القانون المصرى على هذه التفرقة فى جرائم القتل والضرب والجرح المتعمدة.

287 - القصد والظرف المشدد :

نكـــرر ملاحظتـــنا عن اهتمام فقهائنا بكل ما يتعلق بجريمة القتل، وذلك بعناية المشرع الإلهى بفرض عقوبة القصاص على القاتل المتعمد متى توافرت شروط معينة. وعقوبـــة القصاص هى من العقوبات الحدية البدنية التى أجمع الفقه على أن لها صفة اســـتثنائية، وبذلـــوا جهدهم لوضع الأحكام المترتبة على تلك الصفة بقصد تضييق نطاقهـــا تنفيذا لأمر الشارع الحكيم. "ادرءوا الحدود بالشبهات". بناء على ذلـــك قدمـــنا فيما سبق أن هذه العقوبات القصوى لانوافق على ما قاله البعض من جـــواز توقيعهـــا فى التعازير. وبخاصة ما يسمونه عقوبة "القتل سياسة" لأن السياسة الشرعية فى نظرنا لا تبيح القتل.

لذلـــك قلـــنا أن عقوبات التعازير لايجوز فى نظرنا أن تصل إلى عقوبة القتل أو عقوبات القصاص البدنية.

كما أننا نذكّر بما قلناه أيضا من أن التعزير هو العقوبة الأصلية فى جميع الجرائم، بمـــا فى ذلـــك ما يعاقب عليه بالقصاص أو الحد إذا لم تتوافر الظروف المشددة التى اشترطها الشارع لتوقيع تلك العقوبات الاستثنائية، وبخاصة عقوبة القتل.

بـــناء على هاتين الملاحظتين نحن نؤيد قوله بأن "الشريعة" لاتجيز تشديد العقوبة عـــلى جريمة القتل العمد فى غير حالات توافر شروط القصاص - فلا يجوز فى نظرنا فـــرض عقوبة الإعدام بسبب توافر سبق الإصرار الذى يُعَدّ ظرفا مشددا فى القوانين الوضعية دون توافر شروط القصاص.

ونضيف لذلك أن هذا ينطبق فى نظرنا على ما قررته القوانين الوضعية من تشديد العقوبـــة على القتل العمد وجعل عقوبتها الإعدام فى حالة اقتران القتل بجريمة أخرى كما هو الشأن فى قانون العقوبات المصرى - إذا لم تتوافر شروط القصاص.

❁ حالات الحكم بالقتل قصاصا فى شريعتنا أقل من حالات وجوب الحكم بالإعدام فى قانوننا الوضعي لأنها محصورة فى مطالبة أولياء الدم بذلك:

معنى ذلك أن شريعتنا لاتعترف بأى ظرف مشدد آخر فى جريمة القتل يوجب عقوبة الإعدام (القصاص) سوى ما ينتج عن مطالبة أولياء الدم بذلك؛ لأن هذا يستفاد منه إصرارهم على الثأر من الجانى. وقد رأى الشارع الحكيم ألا يترك الباب مفتوحا لتبادل الثأر الذى قد يؤدى تسلسله إلى استمرار العداوة والقتال بين الأسر والقبائل بحجة الأخذ بالثأر، لذلك أوجب أن يوضع حد لذلك بوضع الأمر فى يد القضاء ليحكم بالقصاص فى هذه الحالة وحدها متى أصر المجنى عليه أو ولى دمه على القصاص، وهو بذلك يفتح الباب أمام الجانى لاسترضاء أولياء الدم بتقديم التعويض المقنع لهم أو ما يماثل ذلك من أسباب المصالحة.

إن إصرار أولياء الدم على الثأر هو فى نظرنا الظرف المشدد الوحيد الذى تجيز الشريعة توقيع عقوبة الإعدام أى القصاص بسببه. وفيما عدا ذلك، فإن عقوبة القاتل تكون دائما تعزيرية، وهى فى نظرنا لا يمكن أن تصل إلى القتل أو الإعدام. ومعنى ذلك أن الأصل فى شريعتنا هو منع عقوبة الإعدام فى غير تلك الحالة.

بذلك يتبين أن حالات الحكم بعقوبة القتل قصاصا أضيق فى شريعتنا مما تسير عليه القوانين الوضعية حاليا، وهذه ميزة أخرى يجب الاعتراف بها. ولذلك، فنحن نؤيد المطالبة بإلغاء عقوبة الإعدام فى غير الحالة الوحيدة المشار إليها، وهى حالة إصرار أولياء الدم على طلب القصاص، وهذا هو المبرر الوحيد لنقده النصوص الوضعية التى تفرض الإعدام على جريمة القتل العمد المصحوب بسبق الإصرار والترصد. لكننا لا نقر قوله إن ذلك يُعَدّ مخالفا لمبدإ عدم العقاب على مجرد النية التى لم تؤد إلى فعل معاقب عليه لأن النية هنا لم تكن مجردة بل إنها أدت فعلا إلى الجريمة المعاقب عليها.

 ٢٨٨ ـ *الفرق بين القصد والباعث* : وقد فرقت الشريعة من يوم وجودها بين القصد والباعث، أى بين قصد العصيان وبين الدوافع التى دفعت الجانى للعصيان. ولم تجعل الشريعة للباعث على ارتكاب الجريمة أى تأثير على تكوين الجريمة أو على العقوبة المقررة لها؛ فيستوى لدى الشريعة أن يكون الباعث على الجريمة شريفا كالقتل للثأر، أو الانتقام للعرض، أو أن يكون الباعث على الجريمة وضيعا كالقتل بأجر أو القتل للسرقة. فالباعث على الجريمة ليس له علاقة بتعمد الجانى ارتكاب الجريمة، ولا يؤثر على تكوينها ولا عقوبتها شيئا ما.

وإذا كان من الممكن عملا ألا يكون للباعث أثر على تكوين الجريمة، وألاّ يكون له أثر على عقوبات جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية، فإن هذا لا يمكن عملا فى عقوبات التعازير؛ ذلك أن الباعث أيا كان لن يؤثر فى طبيعة الفعل المكون للجريمة؛ ولأن الشارع ضيق سلطان القاضى فى عقوبات الحدود والقصاص، بحيث لا يستطيع أن يجعل للبواعث أى اعتبار. أما فى التعازير، فقد ترك الشارع للقاضى من الحرية فى اختيار العقوبة وتقديرها ما يمكنه عملا من أن يحل البواعث فى تقدير العقوبة محل الاعتبار.

فللباعث أثر من الوجهة العملية على عقوبات التعازير دون غيرها من العقوبات. وعلة ذلك أن عقوبات الجرائم التعزيرية غير مقدرة، وللقاضى حرية واسعة فيها. فله أن يختار نوع العقوبة ويعين كمها. فإذا راعى القاضى البواعث، فخفف العقوبة أو شددها فإنه يفعل ذلك فى نطاق حقه، ولا يخرج عن حدود سلطانه. أما جرائم الحدود والقصاص، فعقوبتها مقدرة أى محددة، وليس للقاضى أن ينقص منها أو يزيد فيها، ومن الواجب عليه أن يحكم بها مهما كان الباعث على الجريمة؛ فسواء كان الباعث شريفا أو وضيعا فالعقوبة لن تتغير. وأكثر القوانين الوضعية تتفق فى هذه المسألة مع الشريعة، فهى لا تخلط أيضا بين الباعث على الجريمة والقصد الجنائى، ولا تجعل للباعث أثرا على تكوين الجريمة أو عقوبتها كقاعدة عامة. ولكن بالرغم من ذلك، فإن للباعث من الوجهة العملية أثره على تقدير العقوبة، إذ للقاضى أن يقدر العقوبة الملائمة من بين الحدين الأدنى والأعلى للعقوبة، وله فى كثير من الأحوال أن يختار إحدى عقوبتين، وهو يختار العقوبة ويقدر كمها طبقا لما يرى أن الجانى يستحقه، وهو يدخل فى تقديره ظروف الجريمة والمجرم، والبواعث التى دفعت لارتكاب الجريمة،

⟨عوده⟩ فيخفف العقوبة إن رأى الجانى مستحقا التخفيف، ويغلظها إن رآه مستحقا التغـليظ، وبهـذا يكون للباعث أثره العملى على العقوبة. وهذه هى طريقة القانون الفرنسى والقانون المصرى.

عـلى أن هناك بعض القوانين، كالقانون الإيطالى والبولونى[1]، تجعل من الباعث ظرفا مخففا أو مشددا للعقوبة، وتلزم القاضى بمراعاة هذا الباعث عند تقدير العقوبة. وهـذه القوانين، وإن كانت تعترف بأن للباعث أثرا قانونيا على العقوبة، إلا أنها من الوجهـة العملية لا تصل إلى أكثر من النتائج التى تصل إليها القوانين التى لا تعترف بالباعث من الوجهة النظرية، لأن القاضى لا يستطيع عملا أن يتخلى دائما عن اعتبار البواعث عند تقدير العقوبة، سواء اعتبر الشارع البواعث أو لم يعتبرها.

فالفـرق بين الشريعة والقوانين الوضعية أن الشريعة لا تعترف بالباعث ولا تجعل له أثرا فى الجرائم الخطيرة التى تمس الجماعة ونظامها، وهى جرائم الحدود والقصاص، أمـا فيما عدا هذه الجرائم، فإن الشريعة وإن لم تعترف بالباعث من الوجهة النظرية، إلا أنه ليس فيها مايمنع القاضى من تقدير الباعث من الوجهة العملية. وأكثر القوانين تهمـل الكـلام عـلى الباعث ولا تعترف به من الوجهة النظرية، ولكن هذا لا يمنع القاضـى مـن تقدير البواعث عملا فى كل الجرائم البسيطة والخطيرة على السواء. ولا شـك فى أن طريقة الشريعة أسلم وأفضل، لأنها تضع مصلحة الجماعة فى الجرائم الخطيرة فوق كل اعتبار، ولا تسمح للقاضى بأن يفاضل بين هذه المصلحة ومصلحة الجانى؛ لأن معنى ذلك هو إخضاع المصلحة العامة للعواطف والأهواء.

٢٨٩ـ *صـور القصـد* : وليـس للقصد صورة معينة؛ فهو يظهر فى صور متنوعة تختلف باختلاف الجرائم ونية المجرم. فقد يكون القصد عاما، وقد يكون خاصا، وقد يكون القصد معينا أو غير معين، وقد يكون القصد مباشرا أو غير مباشر.

٢٩٠ـ *القصـد العـام والقصـد الخـاص* : يـتوافر القصد العام كلما تعمد الجانى ارتكاب الجريمة مع علمه بأنه يرتكب محظورا. وأكثر الجرائم يكتفى فيها بتوافرالقصد الجنائى العام، كجريمة الجرح والضرب البسيط فإنه يكفى فيها أن يتعمد الجانى إتيان

---

(١) القانون الجنائى لعلى بدوى ص ٣٤٠ وما بعدها، الموسوعة الجنائية ج ٣ ص ٦٨.

﴿عوده﴾ الفعـــل المـــادى مع علمه بأنه يأتى فعلا محرما. وفى بعض الجرائم لا يكتفى الشـــارع بالقصد العام، بل يشترط أن يتوافر معه قصد خاص كتعمد نتيجة معينة أو ضرر خاص، كماهو الحال فى جريمة القتل العمد أو جريمة السرقة. ففى جريمة القتل العمـــد لا يكفى أن يضرب الجانى المجنى عليه أو يجرحه وهو عالم بأن الضرب والجرح محـــرم، بـــل يجب أن يتعمد مع الضرب أو الجرح إزهاق روح المجنى عليه. فالشارح يوجب لمحاسبة الجانى على القتل العمد أن يتعمد (بعد توافر القصد العام) نتيجة معينة أو قصـــدا خاصا، فإذا توافر القصد العام فقط ومات المجنى عليه كان الفعل قتلا شبه عمد لا قتلا عمدا[1]. وفى جريمة السرقة لا يكفى أن يأخذ الجانى مال الغير خفية وهو عـــالم بـــأن هذا الفعل محرم، بل يجب أن يتعمد مع ذلك تملك المال، فإذا أخذه وهو لا يقصد تملكه لم تتكون جريمة السرقة.

وفى الحـــالات التى يشترط فيها قصد خاص يختلط القصد الجنائى بالباعث كلما كان القصد الخاص هو الباعث على الجريمة. فمن يقتل شخصا بقصد إزالته من طريقه يختلط قصده الخاص بالباعث على الجريمة، ولكن لا يمكن أن يقال : إن الباعث يؤثر على الجريمة أو العقوبة؛ لأننا لا ننظر إلى الباعث فى حالة الاختلاط باعتباره باعثا وإنما باعتباره قصدا خاصا.

---

(١) لا يشترط مالك القصد الخاص فى جريمة القتل؛ لأنه لا يعترف بالقتل شبه العمد. والقتل عنده نوعان لا ثـــالث لهما: قتل عمد وقتل خطأ، فيُعَدُّ قاتلا عمدا عنده كل من أتى الفعل بقصد العدوان ولو لم يقصد إزهاق روح المجنى عليه. فالقصد العام كاف وحده عند مالك لتكوين جريمة القتل العمد.

۞ 288، 290 – أهمية الباعث وأصناف القصد:

مـــا قلـــناه من أن التعزير هو العقوبة الأصلية فى جميع الجرائم يفسر لنا قوله بأن الشريعة تركت للقاضى (والفقيه والمقنّن) أن يدخل تقدير الباعث وأثره على التعازير والعقوبات التعزيرية.

لكـــن فى حالة القصاص أو العقوبات الحدية عموما: فطبقا للمبدإ الذى قدمناه فإنها عقوبات قصوى استثنائية، ولذلك قدمنا بأنه لا يجوز أن يضاف إليها ما يشددها لأنـــه لا يوجد ما هو أشد منها فى نظر الشارع الحكيم، بل بذل الفقه جهده لتقليل حالاتها بناء على وجوب "درء الحدود بالشبهات". فضلا عن ذلك، لا يجوز أن يضاف إليها حالات أخرى تطبق فيها تلك العقوبات تعزيرا، لأن التعزير فى نظرنا لا يجـــوز أن يصل إلى تطبيق تلك العقوبات التى حدد الشارع لها شروطا عديدة تمنع التوسع فيها؛ بل أوجب التضييق فى نطاقها.

* * *

وقـــد قلنا بأن تحديد الشبهات التى تمنع تطبيق الحد من اختصاص أهل الاجتهاد والقضاء، ويمكن أن يدخل فيها ظروف الفعل وظروف الفاعل التى تستدعى التخفيف – وهذا يتعارض مع تكرار القول بأن الحدود ليس للقضاء أى وسيلة للتخفيف فيها.

وفى غـــير حالة النص الصريح على وجوب توافر قصد خاص، فالأصل أن الجانى يستحق عقوبة الجريمة العمدية لمجرد تعمد الفعل المحرم – دون أى نتيجة معينة – وهذا هو ما يسمى بالقصد العام.

 ١٩١- القصد المعين والقصد غير المعين: يكون القصد معينا إذا قصد الجانى ارتكاب فعل معين على شخص أو أشخاص معينين[1].

ويُعَدُّ الفعل معينا سواء كان بطبيعته ذا نتائج محدودة كمن يذبح شخصا أو أكثر بسكين، أو كان بطبيعته ذا نتائج غير محدودة كمن يلقى قنبلة على جماعة، فهو يعرف دون شك أن فعله سيؤدى لقتل وجرح الكثيرين، ولكنه لا يستطيع تحديدهم من قبل كما يستطيع من يستعمل السكين.

ويُعَدُّ الفعل معينا ولو كانت نتائجه غير محدودة، كلما أتاه الجانى وهو عالم بنتائجه قاصدا تحقيق هذه النتائج كلها أو بعضها، لا يبالى أيها تحقق وأيها تخلف.

ويُعَدُّ المجنى عليه معينا كلما أمكن تعيينه، ولو لم يعين باسمه أو شخصه أو وصفه. فمن قصد أن يصيب أى شخص من جماعة معينة يعرف أفرادها وأطلق عليهم النار فأصاب أحدهم فقد أصاب شخصا معينا. ومن أطلق النار بقصد إصابة أى شخص من جماعة معينة لا يعرف أفرادها، فقد أصاب شخصا معينا؛ لأن الجماعة معينة؛ ولأنها تصبح مقصودة فتعتبر جماعة وأفرادا[2].

ويكون القصد غير معين إذا قصد الجانى ارتكاب فعل معين على شخص غير معين. ويُعَدُّ الشخص غير معين إذا لم يكن فى الإمكان تعيينه قبل الجريمة؛ فإذا أطلق الجانى كلبا عقورا ليعقر من يقابله، أو حفر بئرا فى الطريق ليسقط فيها من يمر فى الطريق، كان المجنى عليه غير معين. ويشترط ليكون القصد غير معين ألاّ يقصد الجانى من فعله هلاك شخص معين، فإنْ قصده فالقصد معين بالنسبة لهذا الشخص، وإن هلك الشخص المعين وهلك معه غير معين فالقصد معين بالنسبة للأول وغير معين بالنسبة للثانى[3].

ويستوى عند الفقهاء الإسلاميين بصفة عامة أن يكون القصد معينا أو غير معين، فحكمهما واحد من حيث مسئولية الجانى وتكييف فعله، إلا أنهم اختلفوا فى مسئولية الجانى وتكييف فعله إذا كان الفعل قتلا وكان القصد غير معين. فيرى بعض الشافعية

---

(١) نهاية المحتاج الجزء السابع ص ٢٣٥، البجيرمى على شرح المنهج الجزء الرابع ص ١٣٠.

(٢) تحفة المحتاج ج٤ ص ٢، ٣ .

(٣) تحفة المحتاج ج ٤ ص ٢، ٣، شرح الخرشى ج ٨ ص ٨ .

⟨عوده⟩ أن الجانى لايسأل بحُسبانه قاتلا متعمدا إذا قصد قتل غير معين – وإنما يسأل عن فعله بحُسبانه قتلا شبه عمد ما دام الشخص الذى قصد بالجريمة (منهما) غير معين[1].

ويفرق المالكيون بين القتل المباشر والقتل بالتسبب. ويسوون فى حالة القتل المباشر بين القصد المعين والقصد غير المعين، ويجعلون القاتل مسئولا عن القتل العمد. أما فى حالة القتل بالتسبب فلا يسأل القاتل بحُسبانه قاتلا عمدا إلا إذا قصد شخصا معينا بفعله وهلك هذا المعين، فإن قصد غير معين فلا يسأل بحُسبانه قاتلا متعمدا،وإنما يسأل عن القتل الخطإ[2].

ويمكن تعليل رأى الشافعيين بأن القتل العمد يشترط فيه قصد إزهاق روح المجنى عليه، وهذا الشرط لا يتحقق إلا إذا قصد الإنسان فعلا يؤدى للقتل، وقصد به شخصا معينا، فإن قصد غير معين فقد قصد الفعل دون شك، ولكنه لم يقصد إزهاق روح المجنى عليه الذى لا يعرف ولايدرى من يكون، والذى قد يتضح فيما بعد أنه أعز الناس على الجانى وأحبهم إليه. فالجانى لا يمكن أن يقصد قصدا صحيحا أو جديا إزهاق روح إنسان قبل أن يتعين لديه هذا الإنسان. والجانى يؤخذ فى القتل العمد بأنه قصد إزهاق روح القتيل مع أنه لا يمكن أن يقال فى حالة القصد غير المعين : إن الجانى قصد إزهاق روح القتيل بالذات، وإذا انعدم قصد إزهاق روح القتيل فقد بقى قصد الفعل الذى أدى للموت، وهذا الفعل يكيف شرعا بأنه قتل شبه عمد[3].

ويمكننا أن نعلل رأى المالكيين بنفس التعليل السابق، كما يمكننا أن نعلل تفرقتهم بين القتل المباشر والقتل بالتسبب بأن المجنى عليه فى حالة القتل المباشر يكون فى الغالب معينا؛ لأن القاتل يباشر القتل بنفسه دون واسطة، فهو لا يباشر الفعل القاتل قبل أن يتمكن من المجنى عليه، وإذا تمكن منه فقد أصبح معينا لديه، بعكس الحال فى

---

(1) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٠، الشرح للدردير ج ٤ ص ٢١٦ .

(2) تحفة المحتاج ج ٤ ص ٣.

(3) يمكن الوصول للنتيجة نفسها مع عَدِّ الفعل قتلا عمدا إذا قلنا : إن هناك شبهة فى صحة القصد أو فى جديته، لأن الحدود تدرأ بالشبهات. ويترتب على درء عقوبة القصاص أن يعاقب على الفعل بعقوبة القتل شبه العمد مع وصفه بأنه قتل عمد.

عوده القتل بالتسبب، فإن الجاني يباشر القتل بواسطة، وهو في أغلب الأحوال يستطيع أن يباشر الفعل القاتل قبل أن يتمكن من المجني عليه وقبل أن يصبح معينا لديه.

أما فقهاء الحنفية والحنابلة ومعهم بعض الشافعية، فإنهم لايفرقون بين القصد المعين وبين القصد غير المعين في القتل وغير القتل. فالجاني سواء قصد بالفعل شخصا معينا أو قصد شخصا غير معين، فهو قاتل متعمد إذا أدى فعله إلى النتيجة التي قصدها[1].

ويلاحظ أن تقسيم القصد في الشريعة إلى معين وغير معين مقابل تقسيم القصد في القانون إلى محدود وغير محدود، وأن رأى الفقهاء القائلين بعدم التفرقة بين القصد المعين وغير المعين في القتل يتفق تمام الاتفاق مع رأى شراح القانون الفرنسي والمصري، حيث لا يفرق هؤلاء أيضا بين القصد المحدود وغير المحدود؛ لأن الجاني في الحالين يقصد النتيجة التي حدثت أو يقبل وقوعها عند ارتكاب الجريمة.

ونصوص القانون المصري والفرنسي لا تفرق بين القصد المحدود والقصد غير المحدود أيضا، فهي بهذا تتفق مع رأى الفقهاء القائلين بعدم التفرقة بين القصد المعين والقصد غير المعين. فالمادة ٢٣١ من قانون العقوبات المصري المماثلة للمادة ٢٩٧ من قانون العقوبات الفرنسي تعرف سبق الإصرار بأنه :"هو القصد المصمم عليه قبل الفعل لارتكاب جنحة أو جناية، غرض المصرّ منها إيذاء شخص معين أو أى شخص غير معين وجده أو صادفه، سواء كان ذلك القصد معلقا على حدوث أمر أو موقوفا على شرط".

أما الفقهاء القائلون بالتفرقة بين القصد المعين والقصد غير المعين، فرأيهم يطابق أو يقترب من النظرية الألمانية، التي تَعُدُّ الجاني مخطئا لا عامدا، كلما أدى فعله إلى نتائج لم يتمثلها أو لم يقصدها قصدا صحيحا.

٢٩٢- *القصد المباشر والقصد غير المباشر*: يُعَدُّ القصد مباشرا سواء كان معينا أو غير معين كلما ارتكب الجاني الفعل وهو يعلم نتائجه ويقصدها، بغض النظر عما

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٣، ٢٣٤، المهذب ج ٢ ص ١٨٤، أسنى المطالب ج ٤ ص ٣، الإقناع ج ٤ ص ١٦٣، المغني ج ٩ ص ٣٢٠ وما بعدها.

〈عوده〉 إذا كـــان يقصد شخصا معينا أو لا يقصد شخصا معينا. ويُعَدُّ القصد غير مباشـــر إذا قصد الجانى فعلا معينا فترتب على فعله نتائج لم يقصدها أصلا أو لم يقدر وقوعها. ويسمى القصد غير المباشر بالقصد المحتمل أو القصد الاحتمالى.

ولم يتعرض الفقهاء للقصد المباشر أو غير المباشر، كما أنهم لم يعرفوا تعبير القصد الاحـــتمالى. ولكن ليس معنى هذا أن الشريعة الإسلامية لم تعرف القصد الاحتمالى، وأنها لا تفرق بين القصد المباشر وغير المباشر. وقد عرفت الشريعة حق المعرفة القصد الاحـــتمالى، وفرقت بين القصد المباشر وغير المباشر من يوم نزولها، وليس أدل على ذلك من جرائم الجراح والضرب. فالضارب والجارح يضرب أو يجرح وهو لا يقصد إلا مجـــرد الإيـــذاء أو التأديب، ولا يتوقع أن يصيب المجنى عليه إلا بجرح بسيط أو كدمـــات خفيفـــة، أو لا يـــتوقع أن يصيبه إلا بمجرد الإيلام. ولكن الجانى مع هذا لا يســـأل جـــنائيا عن النتائج التى قصدها فقط أو التى توقعها، وإنما يسأل أيضا عن النتائج التى لم يقصدها ولم يتوقعها. فإذا أدى الضرب أو الجرح إلى قطع طرف أو فقد منفعته، فهو مسئول عن ذلك مأخوذ به. وإذا أدى الضرب أو الجرح إلى الموت، فهو مسئول عن موت المجنى عليه بِعَدِّ الفعل قتلا شبه عمد لا ضربا ولا جرحا. فالشريعة تحمِّل الجانى فى جرائم الضرب والجرح نتائج فعله ولو لم يقصدها أو يتوقعها، وتحميل الجانى هذه النتائج معناه أن الجانى يؤخذ بقصده غير المباشر أو بقصده المحتمل.

وإذا كـــانت الشـــريعة قد عرفت القصد غير المباشر على الوجه السابق ورتبت عليه حكمه، فلا عبرة بعد ذلك بما يكتبه الفقهاء عنه، وسواء استخلصوا من أحكام الشريعة نظرية عامة فى القصد الاحتمالى أو لم يستخلصوا نظرية عامة واكتفوا بتطبيق نصـــوص الشـــريعة، فـــإن هذه مسألة ثانوية ترجع إلى تقدير الفقهاء أنفسهم وإلى طريقتهم فى الكتابة. على أننا مع هذا نستطيع من تتبع أقوال الفقهاء فى جرائم القتل والضرب والجرح أن نتبين بسهولة رأى كل منهم فيما نسميه اليوم بالقصد الاحتمالى وحكـــم هذا القصد، وسنرى فيما يأتى أن آراء الفقهاء فى هذه المسألة لا تخرج عن ثلاثة آراء يختلف كل منها عن الآخر اختلافا ظاهرا :

٢٩٣ـ *الـرأى الأول* : هـــذا الرأى لمالك، وهو يفرق عندما يتعرض لجرائم القتل والجرح والضرب بين الجرائم المتعمدة والجرائم غير المتعمدة، ويجعل الجانى فى الحالين

〈عوده〉 مسئولا عن النتيجة التى انتهى إليها فعله. فمن أدى فعله إلى الموت فهو مسئول عن القتل، ومن أدى فعله إلى قطع عضو أو فقد منفعته فهو مسئول عن ذلك، ومن شفى جرحه دون عاهة أو لم يترك ضربه أثرا كانت مسئوليته بقدر ماانتهى إليه فعله. والفرق بين الجرائم المتعمدة وغير المتعمدة ليس فى ذات الفعل المادى الذى أتاه الجانى وإنما قصد الجانى وقت إتيان الفعل؛ فمن أتى الفعل بقصد العصيان كان متعمدا، ومن أتاه دون أن يقصد العصيان كان غير متعمد.

ويكتفى مالك فى جرائم القتل والجرح والضرب المتعمدة بالقصد العام وهو قصد العدوان، ولا يشترط فى القتل العمد أن يقصد الجانى إزهاق روح المجنى عليه[1]، ولا يشترط فى قطع العضو أو فى فقد منفعته أن يقصد الجانى هذه النتيجة. ومن ثم يُعَدُّ الجانى قاتلا عمدا عند مالك إذا لطم شخصا أو لكزه بقصد العدوان فأدى ذلك إلى موته، وكذلك يُعَدُّ قاتلا عمدا لو رماه بحجر صغير أو بقضيب، أو ضربه بعصا خفيفة ولو لم يوال الضربات، مادام أنه قد فعل ذلك بقصد العدوان وأدى الفعل إلى الموت، ويُعَدُّ قاتلا عمدا من يدفع شخصا بقصد العدوان أو يأخذ برجله فيسقط فتؤدى السقطة لموته. ولايشترط فى كل هذه الأحوال أن تكون الأداة قاتلة، ولا أن يقصد الجانى إزهاق روح المجنى عليه[2]. ومن لطم شخصا بقصد العدوان ففقأ عينه أو أذهب بصره، فهو مسئول عن نتيجة فعله ولو لم يقصدها أو يتوقعها[3].

وإذا كان الجارح أو الضارب الذى لم يقصد إلامجرد العدوان مسئولا عن كل نتائج فعله، فمعنى ذلك أنه لا يؤخذ بقصده المعين المحدد، وإنما يؤخذ بما يحتمل أن يترتب على هذا القصد، أو بتعبيرنا العصرى يؤخذ بقصده المحتمل.

فخلاصة رأى مالك أن الجانى مسئول عن كل نتائج فعله المقصود، سواء قصد هذه النتائج بالذات أو لم يقصدها، توقعها أو لم يتوقعها، وسواء كانت هذه النتائج قريبة يكثر حدوثها أو بعيدة يندر وقوعها.

---

(١) كان القضاء الفرنسى إلى سنة ١٨٣٢ يكتفى فى جرائم القتل العمد بالقصد العام، حتى صدر قانون يعاقب على الضرب المفضى للموت بعقوبة خاصة.

(٢) المدونة ج ١٦ ص ١٠٨، مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٠.

(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٦ - ٢٤٩.

〈عوده〉 وقد كان مالك فى رأيه هذا منطقيا مع نفسه، لأنه لا يعترف بالقتل شبه العمد؛ ولأنه جعل القتل نوعين لا ثالث لهما ولا وسط بينهما : هما القتل العمد والقتل الخطأ، فلم يكن لديه بعد هذا ما يدعوه لاشتراط نية خاصة فى القتل العمد ليميزه عن غيره.

٤٩٢ـ *الرأى الثانى* : وهو رأى فقهاء مذهب أبى حنيفة والرأى المرجوح فى مذهب أحمد. ويفرق أصحاب هذا الرأى أيضا بين جرائم القتل والجرح والضرب المتعمدة وبين الجرائم غير المتعمدة، ويجعلون الجانى فى الحالين مسئولا عن النتيجة التى انتهى إليها فعله. وأساس الفرق بين الجرائم المتعمدة وغير المتعمدة هو قصد الجانى، فإن أتى الفعل بقصد العصيان فهو متعمد، وإن لم يصطحب الفعل بقصد العصيان فهو غير متعمد.

ويفرق هؤلاء الفقهاء بين القصد فى القتل العمد والقصد فيما عداه من جرائم الاعتداء على النفس أو مادون النفس[1]، فيشترطون فى القتل العمد أن يقصد الجانى الفعل القاتل ويقصد معه إزهاق روح المجنى عليه، فإن توافر هذان القصدان فالجانى قاتل متعمد، وإن توافر الأول دون الثانى فالفعل قتل شبه عمد.

وفيما عدا القتل العمد لا يشترطون إلا القصد العام أو قصد العصيان، أى: تعمد إتيان الفعل مع العلم بأنه محظور. فإذا توافر هذا القصد فالجانى مسئول عن نتائج فعله سواء قصدها كلها أو لم يقصدها، توقعها أو لم يتوقعها، وسواء كانت هذه النتائج قريبة يكثر حدوثها، أو بعيدة يندر وقوعها. فمن ضرب شخصا يقصد ضربه فقط فأدى الضرب لموته، كان مسئولا عن جريمة القتل شبه العمد لا الضرب. ومن لطم

---

(١) يفرق الفقهاء بين الجناية على النفس والجناية على مادون النفس. فالجناية على النفس هى الجريمة التى تؤدى للموت سواء كانت الجريمة متعمدة أو غير متعمدة، والجناية على مادون النفس يعبر بها عن كل أذى يقع على جسم الإنسان فلا يودى بحياته، وهو تعبير دقيق يتسع لكل أنواع الاعتداء والإيذاء التى يمكن تصورها، فيدخل تحته الجرح والضرب والدفع والجذب والعصر والضغط وقص الشعر ونتفه، وغير ذلك. ويعبر القانون المصرى عن نفس المعنى بلفظى الجرح والضرب فقط، وهو تعبير ناقص لا يتسع لغير الضرب والجرح من أنواع الإيذاء والاعتداء.

شخصـــا ففقـــأ عينه أو أذهب بصره، فهو مسئول عن نتيجة الفعل لا عما قصده من الفعل[1] وهكذا.

وأصحاب هذا الرأى يتفقون مع مالك ويخالفونه. فيتفقون معه تمام الاتفاق فيما دون القـــتل حيـــث يأخذون الجانى بقصده المحتمل، ويجعلونه مسئولا عن نتائج فعله المتعمد، ولو لم يقصد هذه النتائج أو لم يتوقعها. ويخالفون مالكا فى القتل العمد، حيث لا يـــرون أخذ الجانى بقصده المحتمل فى القتل العمد، ويشترطون لعَدِّه قاتلا عمدا أن يقصد إزهاق روح القتيل، بينما يؤخذ الجانى عند مالك بقصده المحتمل فى القتل العمد وغيره. وعلة هذا الاختلاف أن من عدا مالك من الفقهاء يجعلون القتل ثلاثة أنواع : عمد، وشبه عمد، وخطأ. وقد اقتضى هذا التقسيم منهم أن يجعلوا لكل نوع من هذه الأنـــواع حدا يميزه عن غيره. فاشترطوا فى القتل العمد أن يقصد الجانى إزهاق روح القتيل، ليميزوا بين القتل العمد وبين القتل شبه العمد الذى يكفى فيه أن يقصد الجانى الفعـــل القـــاتل، فإذا قصد الجانى الفعل القاتل وقصد إزهاق روح القتيل فهو قاتل مـــتعمد، وإذا قصد الفعل القاتل فقط فهو قاتل شبه متعمد، بينما هو فى الحالين قاتل متعمد فى رأى مالك.

٤٩٥- *الـرأى الـثالث* : وهو رأى الشافعى والرأى الراجح فى مذهب أحمد، ويفرق أصحاب هذا الرأى أيضا بين الجرائم المتعمدة وغير المتعمدة، ويجعلون الجانى مسئولا فى الحـــالين عـــن نتائج فعله، كما يجعلون أساس التفرقة قصد الجانى، فإن أتى الفعل بقصد العصيان فهو متعمد، وإن لم يقصد العصيان فهو غير متعمد.

ويفـــرقون فى جـــرائم الاعتداء على النفس بين القتل العمد والقتل شبه العمد، ويجعـــلون القاتل مسئولا عن القتل العمد كلما قصد الفعل وقصد إزهاق روح المجنى عليه، ويجعلونه مسئولا عن القتل شبه العمد، إذا قصد الفعل ولم يقصد إزهاق الروح المجـــنى عليه، ولو كان لايؤدى غالبا للموت. فلا مجال للقصد المحتمل فى دائرة القتل العمد، وفى هذا يتفق أصحاب هذا الرأى مع أصحاب الرأى السابق.

---

(١) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٨٧، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٣، المغنى ج ٩ ص ٤١٠، الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٢٨.

‹عوده› أما فى جرائم الاعتداء على مادون النفس فيرى أصحاب هذا الرأى مسئولية الجانى بحُسبانه متعمدا عن كل نتائج فعله التى قصدها، ومسئوليته عن كل النتائج التى يؤدى إليها فعله غالبا ولو لم يقصدها أو يتوقعها؛ لأن تأدية الفعل غالبا لهذه النتائج يجعلها فى حكم النتائج المقصودة، فإذا أدى الفعل إلى نتائج لم يقصدها الجانى، ولا يؤدى إليها فعله غالبا، فلا يسأل الجانى عن هذه النتائج بحُسبانه متعمدا لها؛ لأنه لم يقصد هذه النتائج ولا يؤدى فعله غالبا إليها، كذلك لا يسأل الجانى عن هذه النتائج بحُسبانه مخطئا؛ لأنه قصد الفعل وإن لم يقصد نتائجه.

وإنما يسأل الجانى عن نتائج الفعل بعَدِّه شبه عامد، وشبه العمد درجة بين العمد والخطإ، والمسئولية عنه أخف من المسئولية عن العمد وأغلظ من المسئولية عن الخطإ. والأصل أن شبه العمد مزيج من العمد والخطإ؛ لأن الجانى يتعمد الفعل ولا يقصد نتائجه؛ ولأن نتائج الفعل فى شبه العمد ليست مما يؤدى لها الفعل غالبا، فالجانى يتعمد الفعل ويخطىء فى نتائجه، فوجب أن يعاقب بعقوبة بين عقوبة العمد وعقوبة الخطإ. فمن صفع شخصا على وجهه ففقأ عينه أو أذهب بصره دون أن يقصد هذه النتيجة، لا يسأل عن فعله بعَدِّه متعمدا؛ لأنه وإن قصد الفعل لم يقصد نتيجته؛ ولأن الصفع لا يؤدى غالبا لهذه النتيجة. كذلك لا يسأل الجانى بعَدِّه مخطئا لأنه تعمد الفعل، وإنما يسأل الجانى بعَدِّه شبه عامد، ويعاقب على فعله بعقوبة أخف من عقوبة العامد وأغلظ من عقوبة المخطئ. ومن أدخل أصبعه فى عين إنسان ففقأها أو أذهب بصرها، يسأل عن نتيجة فعله بعَدِّه متعمدا، لأنه قصد الفعل وقصد نتيجته، أو لأن الفعل يؤدى غالبا لهذه النتيجة. ومن رمى إنسانا بحجر فأوضحه أو هشمه[1]، يسأل عن نتيجة فعله بعَدِّه متعمدا، لأنه قصد الفعل، ولأن فعله يؤدى غالبا لهذه النتيجة. ومن رمى غيره بحصاة صغيرة فى جبهته فورمت ثم أوضحت لا يسأل عن هذه النتيجة بعَدِّه متعمدا إذا لم يكن قصدها، لأن الفعل لا يؤدى غالبا لها؛ وإنما يسأل عن هذه النتيجة بعَدِّه شبه عامد[2].

---

(١) الإيضاح والهشم اسمان لنوعين من الشجاج. والشجاج هى الجراح التى تصيب الرأس والوجه.

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٦٧، الأم ج ٦ ص ٤٥، الإقناع ج ٤ ص ١٥٦، المغنى ج ٩ ص ٤١٠، الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٢٨.

(عوده) ٢٩٦- *مقارنة بين الآراء الثلاثة* : والقصد الاحتمالى لا وجود له فى جريمة القتل العمد عند أبي حنيفة والشافعى وأحمد، بينما يسلم مالك بوجود القصد المحتمل فى القتل العمد ويؤخذ الجانى فى كل الأحوال بقصده المحتمل.

والأصل فى هذا الخلاف أن مالكا يقسم القتل إلى عمد وخطإ فقط، فكل ما ليس خطــأ فهو عمد عند مالك، وكل عمد يكفى فيه قصد العدوان، ذلك القصد الذى يميــز العمــد عن الخطإ. أما بقية الأئمة فيقسمون القتل إلى عمد وشبه عمد وخطإ ويشــترطون فى العمــد قصد الفعل وقصد إزهاق روح المجنى عليه، فإذا قصد الجانى الفعــل ولم يقصد القتل فهو شبه عامد لا متعمد، وعليه عقوبة تقل عن عقوبة العمد وتزيد على عقوبة الخطإ، وهكذا كان اشتراط قصد إزهاق روح المجنى عليه عند من يشترطون هذا الشرط سببا فى امتناع القصد الاحتمالى فى دائرة القتل العمد.

ويســلم الفقهــاء جميعا بوجود القصد الاحتمالى فيما دون النفس أى فى الجرح والضــرب ومــا أشبه، ويتفق مالك وأبو حنيفة فى أخذ الجانى بقصده المحتمل فى كل الأحوال ما دام قد تعمد الفعل، ويظاهرهما على ذلك الرأى المرجوح فى مذهب أحمد.

ويــتفق الشــافعى مع الرأى الراجح فى مذهب أحمد على أن الجانى مسئول عن النتائج التى قصدها باعتباره عامدا، وأنه يؤاخذ بقصده الاحتمالى فيسأل بعَدِّه عامدا كلما كانت النتائج فى حكم المقصودة، وتُعَدُّ النتائج كذلك إذا كانت غالبة الوقوع، فــإذا لم تكــن نتائج الفعل مقصودة ولا غالبة الوقوع فهى نتائج غير مقصودة أو فى حكم النتائج غير المقصودة، ولكن لا يسأل عنها الجانى بعَدِّه مخطئا؛ لأنه تعمد الفعل، وإنما يسأل عنها بعَدِّه شبه عامد ويعاقب عليها بعقوبة بين عقوبة العمد وعقوبة الخطأ.

٢٩٧- *بين الشريعة والقانون* : الأساس الأول الذى قامت عليه نظرية القصد الاحتمالى هو جرائم القتل والجرح والضرب، والأحكام التى وضعت لهذه الجرائم هى التى بعثت فكرة القصد الاحتمالى إلى الوجود وجعلت منها نظرية خاصة.

وأكــثر القوانــين الوضعية لا تضع قواعد عامة للقصد الاحتمالى، وتكتفى بالنص عليه فى جرائم خاصة هى جرائم الضرب والجرح والجرائم الأخرى التى تؤدى إلى قتل أوجــرح. فقانون العقوبات المصرى مثلا يأخذ الجانى بقصده المحتمل فى جرائم الضرب والجــرح (المواد من ٢٤٠ إلى ٢٤٣ عقوبات)، وفى جريمة تعذيب متهم لحمله على الاعتراف

﴿عوده﴾ (المادة ١٢٦ عقوبات)، وفى جريمة تعطيل المواصلات أو تعريضها للخطر إذا أدى ذلك إلى جرح إنسان أو موته (المادتان ١٦٧، ١٦٨ عقوبات)، وفى جريمة الحريق المتعمد إذا أدى لموت شخص كان موجودا فى الأماكن المحرقة (المادة ٢٥٧ عقوبات)، وفى جريمة تعريض الأطفال للخطر إذا نشأ عن ذلك انفصال عضو من أعضاء الطفل، أو فقد منفعته أو نشأ عن ذلك موت الطفل (المادتان ٢٨٥، ٢٨٦ عقوبات). ولم يضع القانون المصرى قواعد عامة للقصد الاحتمالى إلا عندما تعرض لعقوبة الشركاء، حيث نصت المادة ٤٣ عقوبات على أن "من اشترك فى جريمة فعليه عقوبتها، ولوكانت غير التى تعمد ارتكابها، متى كانت الجريمة التى وقعت بالفعل نتيجة محتملة للتحريض أو الاتفاق أو المساعدة التى حصلت".

ونظرية القصد الاحتمالى لم تعرف فى القوانين الوضعية إلا أخيرا، وهى من النظريات المسلم بها علميا المختلف فى شأنها عمليا. فالقوانين تختلف فى مدى تطبيقها، والشراح يختلفون فى تصويرها وتحديدها. ولكن ما أخذت به القوانين ومايراه الشراح على اختلافهم لا يخرج فى مجموعه عن النظريات الثلاث التى عرفها الفقه الإسلامى. فالقانون المصرى يأخذ فى جرائم القتل والضرب والجرح بنظرية أبى حنيفة، وإن كان لا يشترط صراحة فى جريمة القتل العمد توافر قصد إزهاق روح القتيل، لأن هذا الشرط تقتضيه التفرقة بين القتل العمد والضرب المفضى للموت، وقيام هذا الشرط يؤدى إلى استبعاد القصد الاحتمالى من دائرة جريمة القتل العمد، ويجعل القانون المصرى الجارح الضارب مسئولا عن نتائج فعله سواء قصدها أو لم يقصدها توقعها أو لم يتوقعها، سواء كانت النتائج قريبة الوقوع أو بعيدة الوقوع.

والقانون الفرنسى يأخذ فى جرائم القتل والضرب والجرح بمثل مأخذ به القانون المصرى، فمن ضرب إنسانا بعصا فأحدث به جرحا أدى لموته فهو مسئول عن جريمة الضرب المفضى إلى الموت، وإذا أدى الضرب لعاهة فالجانى مسئول عن إحداث عاهة، وإذا أعجز الضرب المجنى عليه مدة تزيد على العشرين يوما، كان الجانى مسئولا عن هذه النتيجة، فإن قلت مدة العجز عن ذلك كان الجانى مسئولا على قدر نتيجة فعله. والجانى يسأل فى كل هذه الأحوال المختلفة بعَدِّه عامدا لا مخطئا.

والشراح المصريون والفرنسيون يسلمون بما سبق، بحُسبانه مما نص عليه القانون، ولا يرون الأخذ بالقصد الاحتمالى فى جريمة القتل العمد؛ لأن الأخذ بنظرية القصد

〈عوده〉 الاحتمالى فى القتل العمد يؤدى إلى اختلاط القتل العمد بالضرب المفضى للموت، ويجعل التمييز بين هاتين الجريمتين متعذرا، ولكنهم فيما عدا هذا يضعون نظريتهم فى القصد الاحتمالى على أساس آخر، ويجعلون الجانى مسئولا كلما كانت النتائج قريبة ومحتملة الوقوع وفى الإمكان توقعها، سواء توقعها الجانى بالفعل أو لم يتوقعها.

ويرى بعض الشراح أن يؤاخذ الجانى على أساس أنه متعمد فى حالتين : الأولى : إذا نص القانون على ذلك. والثانية : إذا كانت النتائج من النتائج الملازمة للفعل، بحيث لا يتصور أن الجانى قصد الفعل دون أن يقصد نتائجه. وفيما عدا هاتين الحالتين يسأل الجانى بعَدِّه مخطئا(١).

ويستخلص مما سبق أن القانونين : المصرى والفرنسى يأخذان بنظرية أبى حنيفة كاملة فى القتل والضرب والجرح، كما يأخذان بنظرية مالك فى الضرب والجرح فقط، ويأخذان بنظرية الشافعى فيما يتعلق بالقتل فقط.

أما نظرية الشراح المصريين والفرنسيين، فهى أقرب ما تكون لنظرية الشافعى وأصحاب الرأى الراجح فى مذهب أحمد، ولكن نظرية الفقهاء الإسلاميين أدق منطقا ومقياسا، لأنها تعطى النتائج الغالبة الوقوع حكم النتائج المقصودة، وتجعل الجانى فى حكم العامد، كما أنها تجعل للنتائج التى لا يغلب وقوعها حكما خاصا، وتجعل الجانى مسئولا عنها بعَدِّه شبه عامد. وهذا منطق دقيق واضح ليس فيه تعقيد ولا التواء. فالمقياس الذى تقاس به مسئولية الجانى عما لم يقصده من نتائج هو غلبة وقوع هذه النتائج، وهو مقياس عادل، لأن نتائج الفعل الغالبة الوقوع تكون دائمة فى ذهن الجانى، ولا تكاد تنفصل ذهنيا عن الفعل المادى، فإذا قصد الجانى الفعل فقد قصدها، وهو مقياس ثابت، لأنه يقوم على أساس مادى ثابت هو غلبة وقوع النتائج، ولا يقوم على أساس اعتبارى يختلف باختلاف الأشخاص وقدرتهم على التفكير والاستنتاج.

أما الشراح فيقيمون نظريتهم على أسس غير ثابتة، ويقيسون المسئولية بمقاييس ليست دقيقة، إذ يجعلون الجانى مسئولا عن النتائج كلما كانت قريبة ومحتملة الوقوع

---

(١) شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص ٣٧٥، مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ص ٨٧٧ .

‹عوده› وفى الإمكان توقعها. واشتراط قرب النتائج ليس مقياسا صحيحا ولا أساسا ثابتا ما دامت درجة القرب لم تحدد بحد ثابت. واحتمال وقوع النتائج ليس أساسا ثابتا ولا مقياسا صحيحا. ومثل ذلك يقال عن إمكان توقع النتائج، فالنتائج المحتملة قد تكون قريبة وقد تكون بعيدة، وما يمكن أن يتوقعه شخص قد لا يتوقعه آخر. وما يراه شخص محتملا قد يراه الآخر غير محتمل. ولعل هذه العيوب هى التى دعت بعض الشراح إلى القول بمسئولية الجانى بعَدِّه عامدا كلما كانت النتائج من النتائج الملازمة للفعل، بحيث لا يتصور أن الجانى قصد الفعل دون أن يقصد نتيجته، وهؤلاء الشراح وإن جاءوا بمقياس مادى ثابت، إلا أنهم قضوا على نظرية القصد الاحتمالى؛ لأن النتائج الملازمة للفعل هى نتائجه الطبيعية التى يسأل عنها الجانى على أساس قصده العام دون حاجة إلى اللجوء لنظرية القصد الاحتمالى.

والقانون الإنجليزى لا يشترط فى القتل العمد توافر إرادة القتل عند القاتل، بل يَعُدُّ محدث القتل قاتلا عمدا متى كان يعلم أو كان فى استطاعته أن يعلم : أن فعله يمكن أن يترتب عليه الموت، بغض النظر عما إذا كان قد أراد هذه النتيجة أو لم يردها. وبهذا الرأى أخذ القانون السودانى، إذ يُعَدُّ القتل عمدا إذا حصل الفعل بقصد تسبيب الموت، أو إذا علم الفاعل أو كان له داع أن يعلم أن الموت ربما يكون النتيجة المحتملة للفعل، أو لأى ضرر جسدى كان القصد أن يسببه الفعل[1]

فالقانون الإنجليزى والقانون السودانى يأخذان الجانى فى القتل العمد بقصده المحتمل، وهذا يتفق مع النظرية الألمانية التى تأخذ الجانى بقصده الاحتمالى فى القتل العمد وغيره، كلما تمثل الجانى أو توقع النتيجة أو النتائج التى وقعت ولو لم يقصدها بالذات.

وتتفق النظرية الألمانية والقانون الإنجليزى والقانون السودانى مع مذهب مالك فى مؤاخذة الجانى بقصده الاحتمالى فى القتل العمد، ولكن مذهب مالك بالرغم من هذا الاتفاق الظاهر يتسع لما تضيق عنه النظرية الألمانية، ولا تمتد إليه نصوص القانون الإنجليزى أو السودانى؛ إذ الجانى لا يؤخذ بقصده الاحتمالى عند الألمان، ولا طبقا للقانونين الإنجليزى والسودانى إلا إذا توقع أن فعله قد يؤدى للموت. وأما فى مذهب مالك، فالجانى يسأل عن القتل ولو لم يقصده أو لم يتوقعه، فمثلا إذا لطم الجانى شخصا

---

(١) أحمد بك أمين ص ٣١٩، مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ص ٨٧٦.

عوده صحيح الجسم بقصد العدوان ودون أن يقصد الجانى القتل أو يخطر فى باله أن فعله قد يؤدى للموت، فمات المجنى عليه من اللطمة، فالجانى قاتل متعمد عند مالك[1]، وليس قاتلا متعمدا طبقا للنظرية الألمانية أو طبقا للقانونين الإنجليزى والسودانى.

ولا يفوتنا أن نلاحظ أن المقاييس التى وضعتها النظرية الألمانية والقانونان الإنجليزى والسودانى هى مقاييس شخصية غير ثابتة. فالجانى طبقا للنظرية الألمانية يجب أن يتمثل أو يتوقع النتيجة، والتمثل مسألة داخلية يصعب إثباتها إلا إذا اعترف بها الجانى، وما قد يتمثله شخص لا يتفق مع ما قد يتمثله آخر مما يصعب معه وضع قاعدة للتمثل والتوقع. والجانى طبقا للقانونين الإنجليزى والسودانى يجب أن يعلم أو أن يكون فى استطاعته أن يعلم أن الفعل قد يؤدى للموت، والعلم أيضا مسألة داخلية، ومن الصعب إثباته إلا إذا اعترف به الجانى، وماقد يعلمه شخص أو يستطيع أن يعلمه قد لايعلمه ولايستطيع أن يعلمه شخص آخر، ومن ثم فليس فى الإمكان وضع قاعدة للعلم واستطاعة العلم.

وقد حاولت التشريعات الوضعية الحديثة أن تضع نصوصا عامة للقصد الاحتمالى، ولكن هذه النصوص على اختلافها لا تخرج عما قال به الفقهاء الإسلاميون. فالقانون المكسيكى الصادر فى سنة ١٩٣١ يجعل الجانى مسئولا بعَدّه عامدا عن كل النتائج التى لم يقصدها، إذا كانت من نتائج الفعل الضرورية أو العادية، أو كان الجانى قد توقع حدوثها، أو عزم على مخالفة القانون مهما كانت النتيجة. وهذا الذى أخذ به القانون المكسيكى إنما هو مزيج من النظريات الإسلامية. والقانون الإيطالى الصادر فى سنة ١٩٣٠ يجعل الجانى مسئولا عن النتائج التى لم يقصدها، ويعاقبه بعقوبة أقل من عقوبة العامد وأكثر من عقوبة المخطئ، ونظرية القانون الإيطالى تقوم على نفس الأسس التى تقوم عليها نظرية الشافعى والرأى الراجح فى مذهب أحمد.

تلكم هى نظريات الفقهاء الإسلاميين فى القصد الاحتمالى، وهذه هى نظريات شراح القوانين. وظاهر بجلاء مما قدمنا أن القوانين الوضعية لم تأت بجديد على الشريعة،

---

(١) كان القضاء الفرنسى يطبق مذهب مالك فى القتل حتى سنة ١٨٣٢، حيث صدر قانون يعاقب على الضرب المؤدى للموت بعقوبة أقل من عقوبة القتل.

〈عوده〉 وأن الشــراح لم يعرفوا فى عهدنا أكثر مما عرفه الفقهاء فى العهود القديمة. فالشــريعة قد أخذت بالقصد الاحتمالى فى دائرة الجرائم التى تصيب النفس وما دون الــنفس، والقوانين الوضعية لم تخرج عن هذه الدائرة، ونظريات الفقهاء الإسلاميين لاتزال كما رأينا أدق منطقا وأكثر سعة وأفضل صياغة من كل النظريات التى يقول بها شراح القوانين.

۞ 291- 297 - القصد المعين وغير المعين والنتائج الاحتمالية :

هــذه صــورة أخــرى لاهتمام الفقه بأحكام جريمة القتل العمد، وتدقيقهم فى أحكامهــا. فقــد تعــرض فقهاؤنا لصور يكون فيها الفعل المعاقب عليه قد قصد به شــخص معــين أو غير معين. والراجح هو أن عقوبة هذه الجريمة تحمى حرمة الحياة البشــرية. والناس جميعا متساوون فى استحقاق هذه الحماية، ولذلك اتجهوا إلى عدم تخفيــف العقوبة فى حالة عدم تحديد المجنى عليه المقصود بالقتل أو عدم تعيينه.. لكنا نــرى أن استبعاد القصاص فى هذه الحالة أقرب لروح التشريع؛ إذ توجب شريعتنا استبعاد الحدود والقصاص عند وجود أى شبهة. ونعتقد أنه يمكن أن يُعَدَّ عدم اتجاه قصــد القاتل إلى من قُتل فعلا هو شبهة توجب الاكتفاء بالتعزير استثناء من الأصل الذى أشرنا إليه.

إن الــرأى الــذى يستبعد القصاص فى حالة عدم تعيين المقصود بالقتل فى حالة التســبب هــو فى نظرنا أكثر تمشيا مع المبدإ العام الذى يوجب تضييق نطاق عقوبة القصاص واستبعادها كغيرها من العقوبات البدنية المقدرة شرعا لمجرد وجود أى شبهة دون حاجة للاستشهاد بالنظريات الألمانية أو غيرها.

* * *

القصد الاحتمالى أو غير المباشر هو تحميل الجانى مسئولية النتائج الاحتمالية لفعله، دون حاجة لإثبات أنه قصدها بالذات أو أنه توقعها. وهذا أيضا من الموضوعات التى تثيرها عقوبة القصاص فى جرائم الاعتداء على الأشخاص، تعدد الآراء فى فقهنا يماثله ما نراه حتى الآن من خلافات فى الفقه والقضاء المعاصر.

ولامجال للاختلاف فى حالة النص الصريح على عقوبة معينة فى حالات خاصة من القصــد الاحــتمالى، كمــا هو الشأن بالنسبة لما يسميه فقهنا شبه العمد فى جرائم الاعتداء على الأشخاص، أما عندما لا يوجد نص - فإن الأمر يدخل فى نطاق المبدإ الذى أشرنا إليه مرارا وهو تضييق نطاق عقوبات القصاص والحدود - ويبقى الجزاء فى نطاق التعازير وفيها يكون للمقنن أو القاضى أو الفقيه أن يختار بين الآراء المختلفة حسب ظروف كل جريمة على حدة - وذلك على التفصيل الذى توسع فى عرضه..

وكمــا هــو واضــح من الأمثلة التى تعرض لها، فإن هذا موضوع يتعلق بجرائم الاعــتداء عــلى حياة الأشخاص وسلامة أبدانهم التى يوليها مشرعنا عناية خاصة، ولذلك فإنه سيعود لها بالتفصيل فى دراسة القسم الخاص.

المبحث الخامس
أثر الجهل والخطإ والنسيان على المسئولية

<عوده> ٢٩٨- *أثر الجهل على المسئولية الجنائية* : من المبادئ الأولية فى الشريعة الإسلامية أن الجانى لا يؤاخذ على الفعل المحرم إلا إذا كان عالما علما تاما بتحريمه، فإذا جهل التحريم ارتفعت عنه المسئولية..ويكفى فى العلم بالتحريم إمكانه. فمتى بلغ الإنسان عاقلا وكان ميسرا له أن يعلم ماحرم عليه إما برجوعه للنصوص الموجبة للتحريم، وإما بسؤال أهل الذكر عُدَّ عالما بالأفعال المحرمة، ولم يكن له أن يعتذر بالجهل أو يحتج بعدم العلم. ولهذا يقول الفقهاء : "لايقبل فى دار الإسلام العذر بجهل الأحكام"..

ويُعَدُّ المكلف عالما بالأحكام بإمكان العلم لا بتحقق العلم فعلا، ومن ثم يُعَدُّ النص المحرم معلوما للكافة ولو أن أغلبهم لم يطلع عليه أو يعلم عنه شيئا مادام العلم به كان ممكنا لهم. ولم تشترط الشريعة تحقق العلم فعلا؛ لأن ذلك يؤدى إلى الحرج ويفتح باب الادعاء بالجهل على مصراعيه ويعطل تنفيذ النصوص...

هذه هى القاعدة العامة فى الشريعة الإسلامية ولا استثناء لها. وإذا كان الفقهاء يرون قبول الاحتجاج بجهل الأحكام ممن عاش فى بادية لا يختلط بمسلمين، أو ممن أسلم حديثا ولم يكن مقيما بين المسلمين، فإن هذا ليس استثناء فى الواقع، وإنما هو تطبيق للقاعدة الأصلية التى تمنع مؤاخذة من يجهل التحريم حتى يصبح العلم ميسرا له، فمثل هؤلاء لم يكن العلم ميسرا لهم ولا يُعَدُّونَ عالمين بأحكام الشريعة. أما إذا كان مدعى الجهل ناشئا بين المسلمين أو أهل العلم فلا يقبل منه الادعاء بالجهل...

ويلحق الجهل بمعنى النصوص الحقيقى بالجهل بذات النصوص، فحكمهما واحد. فلو ادعى الجانى أن النص لا يدل على التحريم أو أن نصا آخر أباح الفعل المحرم، فإن جهله بالمعنى الحقيقى للنصوص لا يرفع عنه المسئولية الجنائية، وهذا هو الخطأ فى التفسير كما نسميه اليوم فى لغتنا القانونية. ومن الأمثلة المشهورة فى الشريعة على الخطإ فى التفسير، أن جماعة من المسلمين شربوا الخمر فى الشام مستحلين لها مستدلين بقوله ﷻ : ﴿ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جُناح فيما طعموا﴾[المائدة: ٩٣]، فأقيم عليهم حد الخمر...

〈عوده〉 وتـتفق القوانـين الوضعية تمام الاتفاق مع الشريعة فيما يختص بأثر الجهل بالقـانون على المسئولية الجنائية. فالقاعدة فى القوانين الوضعية أن الإنسان لا يعذر بجهل القانون، وأن عبارة الجهل بالقانون تشمل العلم به، والخطأ فى فهمه وتفسيره. ولكـن إذا كان الإنسان فى ظروف يستحيل معها العلم بصدور قانون، فله أن يحتج بالجهل، ويضربون لذلك مثلا حالة المحاصرين فى قلعة إذا خرجوا منها وخالفوا قوانين صدرت أثناء ضرب الحصار عليهم، وأساس الخروج على القاعدة أن هؤلاء لم يتيسر لهم العلم بالقانون ...

٢٩٩ـ *أثر الخطإ على المسئولية الجنائية* : الخطأ هو وقوع الشيء على غير إرادة فاعلـه. فالفاعل فى جرائم الخطإ لا يأتى الفعل عن قصد ولا يريده، وإنما يقع الفعل منه على غير إرادته وبخلاف قصده. وفى بعض الأحيان يقصد الجانى فعلا معينا ليس جريمة فى ذاته، فيتولد من هذا الفعل المباح ما يُعَدُّ جريمة دون أن يقصد الجانى ما تولد عن فعله، وتُعَدُّ الجريمة المتولدة عن الفعل المباح جريمة غير عمدية ولو أن الجانى قصد الفعل المباح؛ لأنه قصد بفعله محلا غير المحل المحرم أى غير محل الجريمة. ومثال ذلك أن يتمضمض صائم فيسرى الماء إلى حلقه، أو يرمى صائد طيرا فيصيب إنسانا، فالصائم قصد إدخال الماء إلى فمه ليتمضمض ولم يقصد إدخاله إلى حلقة ليفطر؛ فهو قد قصد فعـلا مباحا، ولكن تولد عن الفعل المباح الذى قصده فعل آخر غير مباح لم يقصده وإنمـا وقع على غير إرادته. والصائد قصد صيد الطائر ولم يقصد إصابة المجنى عليه، فهو قد قصد فعلا مباحا ولكن تولد عن الفعل المباح الذى قصده فعل آخر غير مباح لم يقصـده وهـو إصابة المجنى عليه، ومحل الفعل المقصود هو الطائر ومحل الفعل غير المقصود هو الإنسان...

والمخطئ كالعامد مسئول جنائيا كلما وقع منه فعل يحرمه الشارع، ولكن سبب مسئوليتهما مختلف. فمسئولية العامد سببها أنه قصد عصيان أمر الشارع وتعمد إتيان مـا حرمه أو ترك ما أوجبه، ومسئولية المخطئ سببها أنه عصى الشارع، لاعن قصد ولكن عن تقصير وعدم تثبت واحتياط[1]...

(١) الفقه للخضرى ص : ١٣١ ...

عوده ٣٠٠ـ *المسئولية عن الخطأ استثناء*: والأصل فى الشريعة أن المسئولية الجنائية لا تكون إلا عن فعل متعمد حرمه الشارع ولا تكون على الخطإ، لقوله ﷻ: ﴿وليس عليكم جُناح فيما أخطأتم به ولكن مَّا تعمدت قلوبكم﴾ [الأحزاب :٥].

ولقول الرسول: "رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه". ولكن الشريعة أجازت العقاب على الخطإ استثناء من هذا الأصل[1]. من ذلك قول الله ﷻ: ﴿وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله ...﴾ [النساء:٩٢].

ولمـّا كان الأصل هو العقاب على العمد، والاستثناء هو العقاب على الخطإ، فإنه يترتب على ذلك أن كل جريمة عمدية يعاقب عليها فاعلها إذا أتاها عامدا، ولا يعاقب عليها إذا أتاها مخطئا، ما لم يكن الشارع قد قرر عقوبة لمن أتاها مخطئا؛ لأن الجريمة بهذا تصبح من جرائم العمد وجرائم الخطإ فى آن واحد. فمن زنا عامدا عوقب بعقوبة الزنا، ولكن من أتى امرأة أجنبية زفت إليه على أنها امرأته لا عقاب عليه؛ لأنه أخطأ ولم يتعمد ارتكاب المحرم والجريمة عمدية. ومن سرق عامدا عوقب بعقوبة السرقة، ولكن من أخذ مال غيره سهوا أو خطأ مع مال له، لا عقاب عليه ؛ لأنه أخطأ ولم يتعمد الفعل المحرم والجريمة عمدية، ومن شرب الخمر عوقب بعقوبة الشرب، ولكن من شربها يظنها ماء لا عقاب عليه؛ لأنه شربها عن غير عمد والجريمة عمدية، وهكذا كل جريمة عمدية أتاها الجانى عامدا فعليه عقوبتها فإذا أتاها مخطئا فلا عقاب عليه. ويمكن تعليل عدم العقاب بأن الخطأ يعدم ركنا من أركان الجريمة العمدية فلا تتكون الجريمة. على أن انتفاء المسئولية الجنائية لانعدام ركن من أركان الجريمة لا يمنع من مسئولية الفاعل مسئولية مدنية، إذ القاعدة فى الشريعة أن الدماء والأموال معصومة، وأن الأعذار الشرعية لا تنافى عصمة المحل، فمن زفت إليه امرأة على أنها زوجته فوطئها يحسبها زوجته لا يعاقب جنائيا وإنما عليه مهرها؛ لأن الوطء فى دار الإسلام لا يخلو من حد أو مهر، ومن أخذ خفية مالا للغير وهو يحسبه ماله، ثم تصرف فيه لا يُعَدُّ سارقا لانعدام القصد الجنائي، ولكنه يلتزم بضمان هذا المال لصاحبه...

(١) الإحكام فى أصول الأحكام لابن حزم ج/٥ ص:١٤٩ وما بعدها، وص: ١٥٤ ومابعدها ...

‹عوده› أمـــا إذا كـــانت الجريمة مما يحرم إثباته عمدا أو خطأ، كالقتل والجرح، فإن العامد يعاقب على فعله بالعقوبة المقررة للعمد، بينما يعاقب المخطئ بالعقوبة المقررة للخطإ، وقد بينا من قبل أن الشارع يفرق بين عقوبة العامد وعقوبة المخطئ، فيغلظ عقوبة الأول ويخفف عقوبة الثاني[1]...

ويلاحـــظ أن الصالح العام هو الذى اقتضى العقاب على الخطإ. فهناك من جرائم الخطـــإ ماله خطورته ويكثر وقوعه، كالقتل والجرح خطأ، ولما كان أساس الخطأ هو التقصـــير وعدم الاحتياط، فقد عاقب الشارع على جرائم الخطإ التى يكثر وقوعها ولا يخفى خطرها؛ لأن العقاب عليها يحقق مصلحة عامة إذ يحمل الأفراد على التثبت والاحتياط فيقل هذا النوع من الجرائم ...

ولقـــد نصـــت الشريعة الإسلامية على جرائم معينة وعُدَّت أغلب هذه الجرائم عمديـــة وأقـــلها من جرائم الخطإ. ولما كان الأصل هو العقاب على الجرائم العمدية والاستثناء هو العقاب على الخطإ فإنه لا يجوز لولى الأمر أن يعاقب من ارتكب خطأ جـــريمة عمدية إلا إذا كان فى ذلك تحقيق مصلحة عامة، وهذا يصدق على الجرائم مـــتى حرمتها الشريعة، أما الجرائم التى يحرمها أولو الأمر فلهم فيها أن يعاقبوا على العمـــد والخطإ مع مراعاة قاعدة الشريعة الأصلية، وهى أن العقاب على العمد هو الأصل، وأن العقاب على الخطإ هو الاستثناء، وأن العقاب على الخطإ لا محل له ما لم يحقق مصلحة عامة[2]...

---

(١) راجع الفقرة :٢٨٥...

(٢) لا يجيز المعتزلة العقاب على الخطإ إلا ما نص عليه، وحجتهم أن المؤاخذة تكون بالجناية، والجناية لا تكون إلا بالقصد والخطأ لاقصد فيه فلا جناية فيه ولا مؤاخذة عليه. ولكن الجمهور يرى أن فى الخطإ عدم التثبت والاحتياط الواجبين، فمن تسبب فى خطإ أو باشره، فقد أتى بجناية وجازت مؤاخذته. راجع فواتح الرحموت لعبد العلى الأنصارى ج/١ ص:١٦٦...

❁ 298 - 300 – العلم والجهل والخطأ :

المبدأ الشرعى هو أن المكلف يكون مسئولا عن ارتكاب الجريمة بعد علمه بتجريمها وتحريمها، إلا أنه لا يجوز له أن يدعى عدم علمه ما دام ذلك كان ممكنا له؛ لأن الجهل بالشريعة وأحكامها لا يجوز أن يحتج به، ويُعَدّ النص الذى يعاقب على الفعل معلوما من كل مكلف بمجرد صدوره وإعلانه لأن العلم به واجب وممكن للكافة، وإذا قصَّر المكلف فى العلم بالأحكام فإن تقصيره يحسب عليه لا له؛ إذ إن العلم فريضة على كل مكلف، ولذلك فإن جهله بالنص حتى لو ثبت فإنه لا يعفيه من المسئولية. ومع ذلك، فمن واجب الفقه والمجتمع أن يهيئ لكل إنسان الأسباب التى تمكنه من الاطلاع على النصوص المعاقبة على الجرائم وتيسر له ذلك وتساعده عليه. ولذلك فإننا قدمنا مرارا رأينا بأن التقنين أصبح واجبا فى عصرنا والعصور القادمة لكثرة الخلافات الفقهية وصعوبة الرجوع إلى كتب الفقه للرجل العادى بل وللدارسين كما أشار فقيهنا فيما سبق.

* * *

فى شريعتنا كغيرها من الشرائع يترتب على ثبوت الخطإ امتناع العمد، لكن المشرع فى حالات محدودة يفرض عقوبة خاصة – أقل من عقوبة الجريمة العمدية – على بعض أفعال الخطإ عندما يترتب عليها نتيجة معينة يَعُدُّها خطيرة ويقرر مساءلة المخطئ عن فعله وأخطائه بعَدِّها من جرائم الإهمال أو الخطإ. وقد أشار إلى المبدإ القرآنى : ﴿وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به﴾ [الأحزاب:5]. وأكد أنه هو الأصل العام. ثم أضاف أن هناك حالات يقرر فيها الشارع "عقوبة" على أفعال الخطإ استثناء لمصلحة عامة يقدرها؛ لكن العقوبة تكون أقل من عقوبة العمد.

۞ نحن نؤيد الرأى القائل بأن الخطأ لا يجوز وصفه بأنه جريمة وجزاؤه يكون تدبيرا وقائيا أو تربويا وتهذيبيا :

ونحن نضيف لذلك أن الجزاء الذى قررته الشريعة عن أفعال مثل القتل الخطإ -- لا يمكن القطع بأنه عقوبة جنائية، بل إنه يمكن أن يُعَدّ نوعا من تدابير الوقاية أو العبادة أو التوبة أو الاستغفار أو التعويض. ويكفى أن نذكر مثالا لذلك : ﴿فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله﴾ --أى أنه ليس فى نظرنا عقوبة جنائية حتما وإن كان فقهنا يَعُدُّه تعزيرا، فهو بمعنى التأديب والتهذيب؛ ونتفادى بذلك ما وصل إليه فقيهنا من عَدّ ذلك استثناء على قاعدة أنه ليس عليكم جناح فيما اخطأتم به -- وما استطرد إليه من بحث فى تعليل هذا الاستثناء المزعوم على أنه يمكن قبول رأيه على أن يكون الاستثناء خاصا بالجزاء الدنيوى -- أما فى الآخرة فإن المبدأ القرآنى لا استثناء عليه، وقد أشار إلى أن المعتزلة لا يجيزون العقاب على الخطإ إلا بنص، ونحن نرجح هذا القول ونرى أنه يكفى حسبان الجزاء تدبيرا وقائيا أو تربويا وتهذيبيا.

عوده ٣٠١ ـ *أنواع الخطأ* : الخطأ فى الشريعة على نوعين : خطأ متولد، وخطأ غير متولد ...

الخطأ المتولد : هو ما تولد عن فعل مباح أو فعل أتاه الفاعل وهو يعتقد أنه مباح.
والخطأ المتولد، إما أن يكون مباشرا، كمن يرمى طائرا فيصيب شخصا وكمن يرمى جنديا فى صفوف الأعداء أو عليه لباسهم معتقدا أنه من العدو ثم يتبين أنه من جنود الوطن، وإما أن يكون بالتسبب، كمن يحفر بئرا فى الطريق العام بإذن من ولى الأمر ولا يتخذ الاحتياطات لمنع المارة من السقوط فيها...

الخطأ غير المتولد : هو كل ما عدا الخطأ المتولد. وهو إما أن يكون خطأ مباشرا فيقع من المخطئ مباشرة دون واسطة، كما لو انقلب نائم على صغير بجواره فقتله، وإما أن يكون خطأ بالتسبب، وهو ما يتسبب فيه المخطئ دون أن يقع منه مباشرة، كما لو حفر شخص بئرا فى الطريق العام دون إذن ولى الأمر فوقع فيها أحد المارة، وكما لو وضع شخص أحجارا فى الشارع العام دون إذن فاصطدم فيها شخص وأصيب...

ويطلق بعض الفقهاء على الخطإ المتولد المباشر لفظ الخطأ مطلقا من كل قيد، ويسميه بعضهم الخطأ المحض. أما الخطأ المباشر غير المتولد، والخطأ بالتسبب متولدا وغير متولد، فيسمونه اصطلاحا ما جرى مجرى الخطإ[1]. ومن الفقهاء من لا ينوع الخطأ ولا يفرق بين صوره المختلفة ويسميها جميعا خطأ...

٣٠٢ ـ *أساس الخطأ* : أساس الخطإ فى الشريعة هو فى الأصل عدم التثبت والاحتياط، ولكن لا يشترط مع هذا لمسئولية المخطئ أن يقع منه تقصير فى كل الأحوال، وإنما يشترط وقوع التقصير فى الخطإ المتولد، أما فيما عداه فالتقصير مفترض شرعا فى الجانى ولا يعفى من المسئولية إلا إذا ثبت أنه ألجئ إليه إلجاء ...

ويسير الفقهاء على قاعدتين عامتين يحكمان الخطأ، وبتطبيقهما نستطيع أن نقول : إن شخصا ما أخطأ أو لم يخطئ[2] :

---

(١) راجع الفقرة : ٢٨٥ ...

(٢) بدائع الصنائع ج : ٧ ص : ٢٧١ : ٢٧٢ ...

﴿عوده﴾ القاعدة الأولى : إذا أتى الجانى فعلا مباحا أو يعتقد أنه مباح فتولد عنه ما ليس مباحا، فهو مسئول عنه جنائيا، سواء باشره أو تسبب فيه، إذا ثبت أنه كان يمكنه التحرز منه، فإذا كان لا يمكنه التحرز منه إطلاقا فلا مسئولية ...

القاعدة الثانية : إذا كان الفعل غير مباح فأتاه الجانى أو تسبب فيه دون ضرورة ملجئة، فهو تعد من غير ضرورة، وما نتج عنه يسأل الجانى عنه جنائيا سواء كان مما يمكن التحرز عنه أو مما لا يمكن التحرز عنه...

٣٠٣ـ *نوع من الخطإ عند مالك* : ويَعُدُّ مالك من الخطإ الأفعال التى يأتيها الجانى بقصد التأديب أو اللعب إذا أدت لموت المجنى عليه أو جرحه. وقد أخذ بهذا الرأى نتيجة لعدم اعترافه بشبه العمد؛ لأن القتل عنده ليس إلا عمدا أو خطأ، والعمد ما قصد فيه الجانى العدوان، والخطأ هو ما عدا ذلك. ومن يأت الفعل بقصد التأديب أو اللعب لا يتوافر لديه قصد العدوان بحسب رأى مالك ومن ثم عُدَّ فعله خطأ لا عمدا.

٣٠٤ـ *الخطأ فى الشخص والخطأ فى الشخصية* : يراد بالخطإ فى الشخص أن يقصد الجانى قتل شخص معين فيصيب غيره، ويراد بالخطإ فى الشخصية أن يقصد الجانى قتل شخص على أنه زيد فيتبين أنه عمرو. والخطأ فى الشخص والخطأ فى الشخصية نوعان من الخطإ المتولد؛ فالخطأ فى الشخص هو خطأ فى الفعل، فمن يرمى شخصا معينا فيخطئه ويصيب غيره فقد أخطأ فى فعله، والخطأ الذى وقع فيه متولد عن فعله الذى قصده. أما الخطأ فى الشخصية فهو خطأ فى ظن الفاعل وقصده؛ فمن رمى شخصا على أنه زيد ثم تبين أنه رمى عمرا فقد أخطأ فى قصده والخطأ الذى وقع فيه تولد عما ظنه صحيحا وقصده...

وقد اختلف الفقهاء فى حكم الخطإ فى الشخص والشخصية، فرأى البعض أن الجانى يسأل عن الجريمة بحُسبانه متعمدا، ورأى البعض أن الجانى يسأل عن الجريمة بحُسبانه مخطئا ...

فأما القائلون بأن الجانى يُعَدُّ عامدا، فهم أغلب الفقهاء فى مذهب مالك وبعض فقهاء المذهب الحنبلي. وهؤلاء يفرقون بين ما إذا كان الفعل المقصود أصلا محرما أو غير محرم؛ فإن كان الفعل المقصود أصلا محرما، فإن الخطأ فى الفعل أو فى الظن لا يؤثر على مسئولية الجانى شيئا، لأنه قصد فى الأصل فعلا محرما فهو جان متعمد.

 فمن أراد قتل زيد فأخطأه وقتل عمرا يُعَدّ قاتلا عمدا لعمرو، ومن قتل عمرا حاسبا أنه زيد يُعَدّ قاتلا عمدا لعمرو.

أما إذا كان الفعل المقصود أصلا غير محرم، فإن الخطأ فى الفعل أو فى الظن يكون لــه أثره على مسئولية الجانى لأنه قصد فعلا مباحا. فإذا أخطأ فى فعله أو فى ظنه فهو جــان مخطئ لا متعمد. فمن رمى صيدا أو غرضا فأخطأه وقتل آدميا يُعَدّ قاتلا خطأ، ومن رمى حربيا أو مهدر الدم فأخطأه وقتل معصوما يُعَدّ كذلك قاتلا خطأ، ومن قتل عمرا وهو يحسبه زيدا المهدر الدم يُعَدّ أيضا قاتلا خطأ[1]...

وأما القائلون بأن الجانى يُعَدّ مخطئا، فهم فقهاء مذهبى أبى حنيفة والشافعى وبعض الحنابلة، وهؤلاء جميعا يرون أن من قصد قتل شخص أو إصابته فأخطأ فى فعله وقتل أو أصاب غيره، أو أخطأ فى ظنه، وتبين أنه قتل أو أصاب غير من قصده، فإن الجانى يكــون مسئولا عن القتل أو الجرح الخطإ فقط، سواء كان الفعل الذى قصده أصلا مباحا أو محرما؛ لأن الجانى لم يقصد قتل من قتل ولا إصابة من أصيب، ولو علم بأنه يخطئ ما أقدم على الفعل[2] ...

ويفــرق بعــض الفقهــاء فى مذهــب مالك بين الخطإ فى الشخص، والخطإ فى الشخصــية، ويرون أن الجانى يسأل بحُسبانه مخطئا فى حالة الخطإ فى الشخص سواء كان الفعل الذى قصده أصلا مباحا أو محرما، أما فى حالة الخطإ فى الشخصية فيسأل الجانى بحُسبانه عامدا كلما كان الفعل الذى قصده أصلا محرما...

ورأى القائــلين بعَدِّ الجانى عامدا إذا كان الفعل المقصود أصلا محرما، يتفق مع رأى شــراح القــانون المَصري، ورأى أغلب الشراح الفرنسيين. ورأى القائلين بعَدِّ الجانى مخطــئا فى كــل الأحــوال يتفق مع النظرية الألمانية. أما القائلون بالتفرقة بين الخطإ فى الشخص والخطإ فى الشخصية فيتفق رأيهم مع ما يقول به بعض الشراح الفرنسيين[3].

---

(١) مواهب الجليل ج/٦ ص/٢٤٣: ٢٤٠، الشرح الكبير للدردير ج/٤ ص: ٢١٥، المغنى ج/٩ ص: ٣٣.

(٢) بدائع الصنائع ج/٧ ص: ٢٣٤، نهاية المحتاج ج/٧ ص: ٢٣٧، الإقناع ج/٤ ص: ١٦٨، المغنى ج/٩ ص: ٣٣٩.

(٣) شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص/٣٥٦ وما بعدها، القانون الجنائى لعلى بدوى ص: ٣٥٦.

۞ 301 - 304 – أنواع الخطإ والخطأ فى الشخصية :

الـتفرقة بـين ما سماه "الخطأ المتولد" و "غير المتولد" لها أهميتها فيما يتعلق بعبء الإثبات. فالنوع الأول أصله عمل مباح ولذلك فلا يترتب عليه مسئولية إلا إذا ثبت وقــوع إهمال أو تقصير ممن قام بهذا الفعل المباح، وأن يثبت الادعاء أن هذا التقصير هو الذى أحدث الضرر أو النتيجة السيئة التى يؤاخذ عليها.

لكنــنا لا نوافــق على وصف المسئولية بأنها "جنائية"، لأننا سبق أن بينا ضرورة الـتفرقة بـين التعزير والعقوبة الجنائية. والتعزير على الخطإ يمكن عَدُّه مجرد تأديب ووقاية وتهذيب وتوبة وإصلاح، ولا يعنى حتما وقوع جريمة ولا مسئولية جنائية.

مــا يســميه خطئا غير متولد هو خطأ فعلى من البداية؛ فكل ما يترتب عليه من ضرر يكون من نسب إليه مسئولا عنه. ولا نرى داعيا للقول بأن التقصير "مفترض شرعا"، ويكفينا ما أورده عن القاعدتين اللتين أشار إليهما فى هذا الصدد.

ويتضح من أقوال الإمام مالك التى أشار إليها اتجاهه إلى تضييق نطاق القصاص فى جـريمة القــتل العمد؛ لأن عقوبة القصاص كما ذكرنا مرارا استثنائية ويجب تضييق نطاقها. وقد أيدنا هذا الاتجاه عموما فى كل مناسبة؛ ونرى أن هذا هو ما تمليه روح التشريع الإلهى.

* * *

ما أورده من حجج للآراء المختلفة فى فقهنا وفيما يسميه آراء الشراح الأوربيين، يغــنى عنه فى نظرنا الالتزام بمبدإ المساواة الإنسانية فى شريعتنا. فكل ما يلزم لعقاب مرتكب جريمة القتل العمد هو أن يقصد قتل إنسان – لأن الناس جميعا متساوون فى عصمة حياتهم ودمائهم.

لذلك لا نقر ما أشار إليه من وجود من يسميهم مهدرى الدم الذين لا يعاقب من يقصــد قتــلهم، لأن رأينا هو أن إهدار الدم لا يبيح القتل إلا للقاضى بحكم قضائى وإجراءات شرعية صحيحة، فلا يصح أن يقال بعدم مسئولية الفرد الذى يقتلهم أو يقصد قتلهم عمدا.. ولا القول بأن فعله مباح..

كل ما يمكن أن نقبله فى هذه الأحوال كلها هو القول باستبعاد القصاص تمشيا مع المبدإ الذى نرجح الالتزام به وهو تضييق نطاق عقوبات القصاص والحدود لمجرد وجود

❁ اعتبار التعزير هو الجزاء الأصلي يسهل لنا تضييق نطاق تطبيق الحدود والقصاص:

شبهة، والخطأ فى الشخص فى جميع حالاته يجب عَدُّه شبهة توجب استبعاد القصاص – لكن يبقى التعزير.

وبهـذا تظهر فائدة المبدإ الذى نشير إليه دائما وهو أن الأصل فى عقوبة الجرائم كـلها هـو التعزير، وأنه يبقى واجبا كلما وجدت شبهة تؤدى إلى استبعاد العقوبة الحدية أو القصاص.

وأهميـة ذلـك أنه يمكننا من تضييق نطاق عقوبة القتل أو القصاص أو الحد مع استبقاء حق المجتمع فى تأديب الجناة وزجرهم بعقوبة لا تصل للحد الأقصى أو بإجراء تعزيرى وقائى.

عوده ٣٠٥ـ *أثر النسيان على المسئولية* : النسيان هو عدم استحضار الشيء في وقت الحاجة إليه، وقد قرنت الشريعة الإسلامية النسيان بالخطإ في قوله ﷻ: ﴿ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا﴾[البقرة:٢٨٦]. وفى قول الرسول: "رفع عن أمتى الخطأ والنسيان"...

وقد اختلف الفقهاء فى حكم النسيان، فرأى البعض أن النسيان عذر عام فى العبادات والعقوبات، وأن القاعدة العامة فى الشريعة أن من فعل محظورا ناسيا فلا إثم عليه ولا عقاب. لكن الناسى إذا أعفى من المسئولية الجنائية فإنه لا يعفى من المسئولية المدنية؛ لأن الأموال والدماء معصومة والأعذار الشرعية لا تتنافى مع عصمة المحل(١)، وطبقا لهذا الرأى لا يعاقب الناسى إذا ارتكب فعلا محرما ما دام قد أتى الفعل وهو لا يذكر أنه محرم، ولكن النسيان لا يسقط الواجبات بل على الناسى إتيانها حين يذكرها أو يذكر بها، وإلا وجبت عليه العقوبة المقررة...

ويرى البعض أن النسيان عذر بالنسبة للمؤاخذة فى الآخرة؛ لأن العقوبة الأخروية تنبنى على القصد، ولا قصد للناسي. أما بالنسبة لأحكام الدنيا فلا يُعَدُّ النسيان عذرا معفيا من العقوبة الدنيوية إلا فيما يتعلق بحقوق الله ﷻ، فإنه يُعَدُّ عذرا فيها بشرط أن يكون هناك داع طبيعى للفعل، وألاّ يكون هناك ما يذكر الناسى بما نساه، ويضربون مثلا لذلك أكل الصائم ناسيا فإن طبع الإنسان يدعوه للأكل وليس هناك ما يذكره بالصوم. أما ما يتعلق بحقوق الأفراد، فالنسيان لا يُعَدُّ فيها عذرا بأى حال(٢)...

وإذا كانت بعض الجرائم مما يمس حقوق الله كالزنا وشرب الخمر وما أشبه، إلا أنه يمكن القول بأن الجرائم التى يُعَدُّ النسيان فيها عذرا يندر وقوعها؛ لأن نسيان الفعل المحرم نادر فى ذاته؛ ولأن الجريمة التى تنسى يجب أن يندفع إليها الناسى بدوافع طبيعية كما يجب ألاّ يكون هناك ما يذكره بالتحريم. ويمكننا أن نتصور من أسلم حديثا يعطش فيشرب الخمر ناسيا، ومن طلق امرأته طلاقا بائنا يأتيها وهى فى العدة ناسيا..

---

(١) إعلام الموقعين ج/٢ ص: ١٤٠، المستصفى للغزالى ج/١ ص: ٨٤، الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى ج/١ ص: ٢١٧، الإحكام فى أصول الأحكام لابن حزم ج/٥ ص: ١٤٩ وما بعدها .

(٢) أصول الفقه للخضرى ص : ١١٩، مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ص: ٣٧٤، الأشباه والنظائر ص/ ١٦٦ : ١٦٧ ..

﴿عوده﴾ وسواء أخذ بهذا الرأى أو بالرأى السابق، فإن ادعاء النسيان وحده لا يعفى مـــن العقاب، وإنما يجب قبل كل شيء أن يثبت الجانى أنه ارتكب الجريمة ناسيا وهذا عمل من الصعوبة بمكان، ومن ثم كان مبحث النسيان فى الجرائم مبحثا قليل الأهمية، إذ يندر أن يستطيع شخص أن يثبت بدليل مقنع أنه ارتكب الجريمة ناسيا...

والنســـيان عند أصحاب الرأى الأخير لا يسقط الواجبات أيضا، فالواجب يظل واجـــبا على الناسي، وعليه أن يفعله. كما أن النسيان يُعَدُّ شبهة تدرأ العقوبة كلما وجـــبت عقوبـــة الحد على الناسي، وإذا درئت عقوبة الحد حل محلها التعزير. فأثر النسيان على الجرائم طبقا للرأى الأخير قاصر على إعفاء الناسى من العقوبة فى بعض الأحوال ودرء عقوبة الحد عنه فى حالات أخرى...

305 - النسيان :

نــرى أن نقف عند قياس النسيان على الخطإ بنص الآية الكريمة والحديث المشار إليه. لكن النسيان حالة تنتهى بمجرد التذكر، وعند ذلك يلتزم الفرد بجميع التكاليف الشــرعية، وأداء حقوق الناس ... وهذا معنى قوله : إن النسيان لا يُعَدُّ عذرا فيما يتعلق بحقوق الأفراد، لأن صاحب الحق كفيل بتذكير المسئول بما نسيه أو تناساه ... بمجرد تمسكه بحقه فى التعويض.

ولكــنا نذكــر بأننا لا نوافق على ما يقال من أن العقوبة فى جرائم القصاص من حقوق الأفراد، بمعنى أن المجنى عليه أو ولى الدم يملك العفو عن الجريمة أو الجزاء؛ لأن التعزير يبقى واجبا فى تلك الحالة، والعفو المشروع مقصور أثره على إسقاط العقوبة المشددة وهى القصاص مع بقاء التعزير بحُسبانه الأصل.

المبحث السادس

أثر الرضا بالجريمة على المسئولية الجنائية

<عوده> ٣٠٦ـ *أثر الرضا على المسئولية الجنائية* : الأصل فى الشريعة الإسلامية أن رضاء المجنى عليه بالجريمة وإذنه فيها لا يبيح الجريمة ولا يؤثر على المسئولية الجنائية إلا إذا هدم الرضا ركنا من أركان الجريمة كالسرقة والغصب مثلا، فإن الركن الأساسى فى الجريمتين هو أخذ المال على غير رغبة المجنى عليه، فإذا رضى المجنى عليه بأخذ المال كان الفعل مباحا لا جريمة...

وهـذه القـاعدة العامـة تطبقها الشريعة بدقة على كل الجرائم ما عدا جرائم الاعـتداء على النفس وما دونها، أى جرائم القتل والجرح والضرب، وكان المنطق يقضى أن تطبق القاعدة على هذه الجرائم أيضا؛ لأن الرضا لا يهدم ركنا من أركان جريمة القتل أو الجرح أو الضرب، ولكن الذى منع من تطبيق هذه القاعدة هو وجود قـاعدة أخـرى خاصة بهذه الجرائم، وهى أن للمجنى عليه وأوليائه حق العفو عن العقوبة الأصلية فى الجناية على النفس وما دون النفس، فلهم أن يعفوا عن القصاص إلى الدية، ولهم أن يعفوا عن الدية والقصاص معا فلا يبقى بعد ذلك إلا تعزير الجانى إن رأى ذلك أولو الأمر، أى من لهم حق التشريع ...

وقد أدى وجود القاعدتين معا إلى اختلاف الفقهاء على المدى الذى تطبق فيه كل قـاعدة، كما جعل آراء الفقهاء فى القتل تختلف عن آرائهم فى القطع والجرح، ولهذا سنتكلم أولا عن الرضاء بالقتل، ثم نتكلم بعد ذلك عن الرضاء بالقطع والجرح ...

٣٠٧ـ *الرضـاء بالقـتل* : يرى أبو حنيفة وأصحابه أن الإذن بالقتل لا يبيح الفعل؛ لأن عصمة النفس لا تباح إلا بما نص عليه الشرع، والإذن بالقتل ليس منها، فكان الإذن عدمـا لا أثـر له على الفعل فيبقى الفعل محرما معاقبا عليه بعَدِّه قتلا عمدا. لكـنهم اختلفوا فيما بينهم على العقوبة التى توقع على الجانى، فرأى أبو حنيفة وأبو يوسـف ومحمد أن يدرءوا عقوبة القصاص عن الجانى وأن تكون العقوبة الدية على أسـاس أن الإذن بالقـتل شـبهة، وأن الرسول يقول: "ادرءوا الحدود بالشبهات" والقصاص معدود حدا، فكل شبهة تقوم فى فعل مكون لجريمة عقوبتها القصاص يدرأ

 بهـا الحد عن الجاني. ورأى نفر أن الإذن لا يصلح أن يكون شبهة، ومن ثم فهو لا يدرأ القصاص، فوجب أن يكون القصاص هو العقوبة[1]...

والرأى الراجح فى مذهب مالك أن الإذن بالقتل لا يبيح الفعل ولا يسقط العقوبة، ولو أبرأ المجنى عليه الجانى من دمه مقدما؛ لأنه أبرأه من حق لم يستحقه بعد، وعلى هذا يُعَدُّ الجانى قاتلا عمدا. وبعض أصحاب هذا الرأى يرى أن تكون العقوبة القصاص حيث لا يُعَدُّ الإذن شبهة، والبعض الآخر يَعُدُّ الإذن شبهة تدرأ القصاص ويوجب الدية بدلا من القصاص...

أما الرأى المرجوح فى مذهب مالك - وينسبه ابن عرفة لسحنون - فهو أن الإذن بالقتل لا يبيح الفعل، ولكنه يسقط عقوبتى القصاص والدية معا، وإن كان لا يمنع من التعزير. ولكن الرأى المعروف عن سحنون فى العتبية[2] أنه يدرأ القصاص عن الجانى للشبهة ويوجب الدية[3]...

وفى مذهب الشافعى رأيان، أولهما: أن الإذن فى القتل يسقط عقوبتى القصاص والدية ولا يبيح الفعل، وثانيهما: أن الإذن فى القتل لا يبيح الفعل ولا يسقط العقوبة، وبعض أصحاب هذا الرأى يرى فى الإذن شبهة تدرأ القصاص وتوجب الدية، وبعضهم الآخر يوجب القصاص ولا يرى فى الإذن شبهة[4] ...

ويرى أحمد وأصحابه أن الإذن فى القتل يسقط العقوبة عن الجاني؛ لأن من حق المجنى عليه العفو عن العقوبة، والإذن بالقتل يساوى العفو عن عقوبة القتل[5]. وهذا التعليل هو نفس ما يقول به أصحاب الرأى الأول فى مذهب الشافعى ...

٣٠٨ـ *الرضاء بالجرح والقطع* : يرى أبو حنيفة وأصحابه أن الإذن بالقطع والجرح يترتب عليه منع العقوبة؛ لأن الأطراف عندهم يسلك بها مسلك الأموال، وعصمة المال تثبت حقا لصاحبه، فكانت العقوبة على القطع والجرح محتملة السقوط بالإباحة والإذن.

---

(١) بدائع الصنائع ج/٧ ص : ٢٣٦ ...

(٢) اسم كتاب فى فقه مذهب مالك ...

(٣) مواهب الجليل للحطاب ج/٦ ص ٢٣٥ : ٢٣٦ ، الشرح الكبير للدردير ج/٤ ص:٢١٣ ...

(٤) نهاية المحتاج الجزء السابع ص : ٤٢٨ ...

(٥) الإقناع ج/٤ ص : ١٧١ ...

<عوده> ولكـــنهم اختلفوا فيما إذا أدى الجرح أو القطع للموت. فأبو حنيفة يرى الفعل قـــتلا عمـــدا؛ لأن الإذن كان عن الجرح أو القطع، فلما مات تبين أن الفعل وقع قتلا لا جـــرحا ولا قطعـــا، ومن ثم فعليه عقوبة القتل العمد. ولما كان الإذن يُعَدُّ شبهة تدرأ القصـــاص فيتعين أن تكون العقوبة الدية. أما أبو يوسف ومحمد، فمن رأيهما أنه إذا أدى الجرح أو القطع للموت فلا شيء على الجانى إلا التعزير؛ لأن العفو عن الجرح أو القطع عفو عما تولد منه وهو القتل[١]...

ومذهـــب مالك على أن الإذن بالقطع أو الجرح لا عبرة به، إلا إذا استمر المجنى عليه مـــبرئا له بعـــد الجرح أو القطع، فإن لم يبرئ المجنى عليه الجانى بعد الجرح أو القطع فقد وجـــبت العقوبة المقررة وهى القصاص أو الدية إذا امتنع القصاص لسبب شرعي. أما إذا اســـتمر المجنى عليه مبرئا للجاني، فإن العقوبة المقررة أصلا وهى القصاص والدية تسقط ويحل محلها التعزير، هذا إذا لم يؤد الجرح أو القطع للموت، فإذا أدى إليه عُدّ الجانى قاتلا عمدا ووجبت عقوبة القتل العمد[٢] ...

والإذن بالجرح والقطع يسقط العقاب فى مذهب الشافعى ما لم تر الجماعة عقابه تعزيـــرا. فإذا أدى الجرح أو القطع إلى الموت، فمن فقهاء المذهب من يرى مسئولية الجانى عن القتل العمد ولكنه يدرأ القصاص لشبهة الإذن، فتكون الدية هى العقوبة. ومن فقهاء المذهب من يرى امتناع العقاب ؛ لأن الموت تولد عن فعل مأذون فيه[٣]، والإذن يسقط العقوبة...

والإذن بالجـــرح والقطـــع عند أحمد كالإذن بالقتل مسقط للعقوبة، وإن كان الإذن لا يبيح الفعل؛ لأن للمجنى عليه الحق فى إسقاط العقوبة، وقد أسقطها بإذنه[٤].

٣٠٩ ـ *أســـباب الخـــلاف بين الفقهاء فى الإذن بالقتل والجرح* : أساس الاختلاف فى هذه المسألة أن للمجنى عليه وأوليائه العفو عن العقوبة فى القتل والجرح، والعقوبة أصلا هى القصاص، فإذا امتنع لسبب شرعى حلت محله الدية، وللمجنى عليه وأوليائه

(١) بدائع الصنائع ج/٧ ص ٢٣٦ ، ٢٣٧ ...

(٢) الشرح الكبير للدردير ج/٤ ص : ٢١٣ ...

(٣) نهاية المحتاج ج/٧ ص ٢٤٨ : ٢٩٦، تحفة المحتاج ج/٤ ص/ ٣٠، ٣١ ...

(٤) الإقناع ج/٤ ص : ٣٧١

〈عوده〉 أن يعفـــوا عن القصاص إلى الدية، وأن يعفوا عن الدية والقصاص معا، فإذا عفـــوا سقطت العقوبة المقررة للقتل أو الجرح ولم يبق إلا عقوبة التعزير إن رأى ولاة الأمور تقريرها فى حالة العفو ...

وعـــلى هذا الأساس قام اختلافهم فى القتل. فمن قال : بأن الإذن يمنع من العقاب عَـــدَّ الإذن عفـــوا مقدما ورتب عليه سقوط العقوبة، ومن قال بأن الإذن لا يمنع من العقـــاب رأى أن الإذن لا يُعَدُّ عفوا؛ لأن العفو عن القتل يستدعى وجود القتل، فإذا جـــاء العفو قبل القتل فهو عفو غير صحيح؛ لأنه لم يصادف محله، ومعنى ذلك أن حق المجنى عليه فى العفو لا ينشأ إلا بعد وقوع الجريمة، فإذا عفا قبل وقوعها فقد وقع عفوه لغوا؛ لأن حقه لم يكن نشأ بعد حتى يعفو عنه. ومن جعل العقوبة الدية عَدَّ الإذن شبهة تدرأ الحد أى القصاص، ومن قال بالقصاص لم يجعل الإذن شبهة دارئة للقصاص.

أما فى حالة الجرح الذى لم يؤد لموت المجنى عليه، فمن قال بإسقاط العقوبة عَدَّ الإذن بالجرح أو القطع عفوا مقدما، وعَدَّه عفوا صحيحا؛ لأنه استمر حتى تم إحداث الجرح أو القطـــع. ومـــن قال بعدم سقوط العقوبة عَدَّ الإذن السابق باطلا؛ لأنه لم يصادف محله، واشترط لإسقاط العقاب أن يبرئ المجنى عليه الجانى بعد الجرح أو القطع..

ومـــن أسقط العقاب فى الجرح المؤدى للموت عَدَّ الموت متولدا عن الجرح، وهو مأذون فيه وما تولد عن معفو عنه أخذ حكمه. ومن رأى العقاب عَدَّ الإذن عن جرح لا عـــن قتل، فإذا ظهر أن الفعل قتل فهو غير مأذون فيه، لكنه مع ذلك عَدَّ الإذن الباطل شبهة تدرأ القصاص...

306 – 309 – رضاء المجنى عليه فى جريمة القتل وقطع الأعضاء خاصة:

فى بعــض الجرائم يكون عدم رضاء المجنى عليه شرطا لتوافر أركانها، وخاصة جرائم الأمــوال – لأن صاحبها له حق التصرف فيها – وفى هذه الجرائم (كالسرقة والنصب وخيانة الأمانة) يكون رضاء المجنى عليه سببا فى عدم توافر أركان الجريمة؛ فلا مسئولية.

والخلاف فى جرائم النفس، لأن الإنسان لا يملك التصرف فى حياته؛ وبالتالى فإنه فى حالــة القــتل برضـــاء المجنى عليه، يذهب الرأى الراجح إلى توافر أركان الجريمة ومسئولية الجانى، لكن الخلاف يثور حول الجزاء الذى يوقع فى هذه الحالة.

ونحن نرجح الرأى الذى يقول بعدم توقيع عقوبة القصاص، لأن رضاء المجنى عليه يُعَــدُّ شـــبهة تحول دون توقيع عقوبة حدية – والقصاص عقوبة حدية – لكن يبقى الــتعزير واجبا وجائزا، ونحن نعلم مرونة التشريع فيما يخص التعازير، وهذا يسمح بمــراعاة ظـــروف كل جريمة وكل متهم. وهذه المرونة تسمح لنا بأن نراعى ظروف المجنى عليه التى جعلته يرضى بالقتل ..

وقـــد أصبح هذا النوع من الجرائم محل جدال كبير فى عصرنا الحاضر فى النظم الوضـــعية، وخصوصـــا فى حالة يأس المريض من العلاج وطلبه من أهله أو طبيبه أن يريحه من آلام المرض الطويل الذى لا أمل له فى الشفاء منه.

* * *

قد يدهش البعض مما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة من أن الأعضاء يسلك بها مسلك الأموال، لكنهم يكتشفون الآن أن بيع الأعضاء فى عصرنا الحاضر أصبح أمرا عاديا – وكذلـــك التبرع بها –فكثير من الآباء أو الأمهات أو الأقارب أو المتبرعين يأذنون بنقل الكلى أو أى عضو من أعضاء جسمهم يمكن نقله لأبنائهم أو غيرهم، بل ويفعل ذلـــك الــبعض مقابل مال يحتاج إليه.. ولذلك فإن هذا الرأى يفتح لنا آفاقا واسعة لمواجهـــة هـــذه القضـــايا فى المستقبل. ونحن نشكر للإمام أبى حنيفة أنه سبق جميع النظريات الحديثة إلى هذا المبدإ منذ قرون طويلة وعديدة.

على العموم، هناك أمر مؤكد سواء فى حالة الرضا بالقتل أو قطع الأعضاء – وهو أنه لا يمكن توقيع عقوبة القصاص – لأن الرضا شبهة تسقط الحدود، والقصاص منها.

رضاء المجنى عليه فى جريمة القتل شبهة تسقط القصاص:

بقى الخلاف فى جواز التعزير. ومع ذلك فإن مرونة الجزاءات التعزيرية تجعل فرضها يتســـع للتدابير التهذيبية والعبادات التى لا تصل إلى حد العقوبة الجنائية. ولذلك فإن الأمر متروك للقضاء والفقه ليراعى ظروف كل حادث وكل شخص، سواء كان جانيا أو مجـــنيا عليه وبذلك يحق لنا أن نفخر بما اتسم به فقهنا وشريعتنا من مرونة تسمح لنا بمواجهة المشكلات المستحدثة بأحكام متنوعة حسب ظروف كل حالة ...

〈عوده〉 ٣١٠ ـ *بين الشريعة والقانون* : القاعدة العامة فى القوانين أن رضاء المجنى عليه بالجريمة لا يبيح القتل ولا يرفع العقاب، إلا إذا كان الرضاء يعدم ركنا من أركان الجريمة. وفى هذا تتفق القوانين مع الشريعة، إلا أن القوانين الوضعية تجعل عدم الرضاء ركنا فى بعض الجرائم التى لا يغير الرضاء من طبيعتها شيئا، كالزنا فإن الرضاء به لا يغير من طبيعة الجريمة، ولا يحيل الفعل من عمل مناف للأخلاق خارج على المألوف، إلى عمل متفق مع الأخلاق والعادات المألوفة. ومثل ذلك اللواط، وهتك العرض. وهذا لا يتفق مع مبادئ الشريعة. كما أنه خروج من القوانين على القاعدة العامة التى ذكرناها، إذ المفروض فى الرضاء أن يؤثر على أركان الجريمة الطبيعية كما هو الحال فى السرقة، إذ إن الرضاء يعدم الجريمة. أما الرضاء فى الزنا، فلا أثر له إطلاقا، والفعل فى حالة الرضاء وعدمه زنا لا شك فيه فى لسان العرف والعادات والأخلاق وآداب الجماعة ...

ويلاحظ أن رضاء المجنى عليه بالجرح والقطع والقتل فى الشريعة الإسلامية لا أثر له على تكوين الجريمة، وإنما أثره قاصر على إسقاط العقوبة، لا لأن المجنى عليه أو أولياءه رضوا بالجريمة، وإنما لأن من حقهم العفو عن العقوبة ...

والشريعة حين تقرر للمجنى عليه ووليه حق العفو فى الجرائم التى ذكرناها لا تأتى بمبدإ غريب على القوانين، فقد عرفت القوانين الوضعية مبدأ منح المجنى عليه حق العفو عن العقوبة، وطبقته فى الجرائم التى تمس العرض. فالقانون المصرى مثلا يعطى للزوج حق العفو عن عقاب زوجته الزانية، فإذا عفا سقطت عنها العقوبة، ولو كان قد حكم بها وبدئ فى تنفيذها. على أن هناك فرقا بين الشريعة والقوانين فى هذه المسألة، فالشريعة إذا أعطت للمجنى عليه أو وليه حق العفو عن العقوبة، فإنما أعطته حق العفو عن العقوبة الأصلية فقط، وهى القصاص أو الدية، ولم ترتب على عفوه سقوط حق الجماعة فى العقاب بصفة مطلقة، بل تركت للجماعة أن تعاقب الجانى إذا شاءت بعقوبة أقل شدة من العقوبة الأصلية. فالعفو فى جرائم القتل والجرح يؤدى إلى إسقاط حق المجنى عليه فى التعويض، وإلى استبدال عقوبة مخففة بعقوبة مغلظة، ولكنه لا يؤدى إلى إسقاط العقاب كلية، بينما العفو عن الزوجة الزانية طبقا للقانون المصرى يمنع من عقابها بأى عقوبة أخرى. ومعنى ذلك : أن حق العفو الذى منحته الشريعة للمجنى عليه مقيد بمصلحة الجماعة، بينما حق العفو الذى تمنحه القوانين للمجنى عليه غير مقيد بقيد ما ...

<عوده> وإذا كانت القوانين الوضعية لا تعطى المجنى عليه أو وليه حق العفو فى جرائم القتل والجرح والضرب، فإن عفو المجنى عليه أو وليه يؤدى عملا إلى مثل ما أدت إليه نظرية الشريعة فى هذه المسألة، إذ إن القوانين الوضعية تجعل للقتل، والجرح عادة عقوبتين، وتترك للقاضى أن يختار إحداهما، كما أنها تترك للقاضى أن يستبدل بالعقوبات الأصلية عقوبات أخف منها إذا اقتضت ظروف الجانى والجناية هذا التخفيف. ولا شك فى أن عفو المجنى عليه وأوليائه من أهم الظروف التى تدعو إلى تخفيف العقوبة على الجانى، كما أن العفو يؤدى بطبيعته إلى إسقاط التعويض المدنى، وبهذا ينتهى العفو فى دائرة القوانين من الوجهة العملية، إلى مثل النتائج التى يؤدى إليها العفو فى الشريعة الإسلامية.على أن بعض القوانين الوضعية كالقانون الألمانى تجعل لرضاء المجنى عليه فى حالة القتل والشروع فيه أثرا على العقوبة، وتفرق بين هذه الحالة وحالة القتل العمد بدون رضاء المجنى عليه، وتجعل القتل برضاء المجنى عليه جريمة من نوع خاص، وتعاقب عليها بعقوبة تقل عن عقوبة القتل العمد. وما هذه المبادئ القانونية إلا تطبيق لنظرية الشريعة الإسلامية ...

وتمتاز نظرية الشريعة بأن فيها أسهل الحلول للمعضلة التى تواجه المحاكم وشراح القانون اليوم، وهى قتل المريض الميئوس منه لتخليصه من آلامه ...

٣١١ـ *الانتحار والمسئولية الجنائية* : تحرم الشريعة الإسلامية الانتحار، كما تحرم القتل. وقد جاء التحريم فى القرآن، كما جاءت به السنَّة، فالله ﷻ يقول: ﴿ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق﴾ [الإسراء:٣٣]. والانتحار قتل نفس. ويقول ﷻ : ﴿ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما﴾ [النساء:٢٩]. ويقول الرسول ﷺ: "من قتل نفسه بحديدة فحديدته فى يده يجأ بها فى بطنه فى نار جهنم خالدا مخلدا فيها أبدا، ومن قتل نفسه بسم فسمه فى يده يتحساه فى نار جهنم خالدا مخلدا فيها أبدا، ومن تردى من جبل فقتل نفسه فهو متردٍ فى نار جهنم خالدا مخلدا فيها أبدا". والانتحار قد يكون عمدا، وقد يكون خطأ، وكلاهما محرم ...

وإذا نجحت عملية الانتحار ومات المنتحر فلا عقوبة عليه؛ لأن العقوبة تسقط بالموت، ولكن الفقهاء اختلفوا فى الكفارة. فرأى مالك وأبو حنيفة أن لا كفارة فى قتل النفس مطلقا، ويظاهرهما على هذا الرأى (قول) فى مذهب أحمد... أما الشافعى فيرى أن من قتل نفسه عمدا أو خطأ وجبت الكفارة فى ماله. ويرى بعض الفقهاء فى

〈عوده〉 مذهـــب أحمد ما يراه الشافعي من وجوب الكفارة في قتل النفس، ولكنهم لا يوجـــبون الكفارة إلا في مال من قتل نفسه خطأ[1]. والكفارة عقوبة تعبدية يقصد منها مصلحة الجاني نفسه، فمن أوجبها في مال المنتحر فقد راعى هذه الناحية...

ويـــترتب عـــلى تحـــريم الانتحار أن يعاقب شريك المنتحر، سواء كان الاشتراك بالـــتحريض أو الاتفاق، أو العون ... وإذا لم يمت من حاول الانتحار، عوقب على محاولـــته الانـــتحار، وعوقب معه شركاؤه في الجريمة، وعقوبة الجميع هي التعزير... وطريقة الشريعة في تحريمها الانتحار والعقاب على الاشتراك فيه والشروع فيه، تتفق مع ما يأخذ به الكثير من القوانين الوضعية الحديثة، كالقانون الإنجليزي، والسوداني والإيطـــالي وغيرها. أما القانون المصري، والقانون الفرنسي، فلا يُعَدُّ الانتحار فيهما جريمة، وكذلك لا يُعَدُّ الاشتراك في الانتحار...

٣١٢ ـ *إصـابة الشـخص نفسـه* : وتحـــرم الشريعة على الإنسان أن يصيب نفسه بـــأذى عمدا أو خطأ. فليس له أن يجرح نفسه أو يقطع طرفه أو غير ذلك، فإن فعل عوقب على ذلك بعقوبة تعزيرية. وإذا كان من المحرم أن يصيب الإنسان نفسه، فإن من المحرم على غيره أن يشترك معه في تلك الجريمة...

وتـــتفق الشريعة في هذا مع كثير من القوانين الوضعية، وإن كانت بعض القوانين كالقانون المصرى تجعل التحريم مقصورا على أشخاص معينين، وفي حالات معينة...

---

(١) أسنى المطالب ج/٤ ص: ٩٥، نهاية المحتاج ج/٧ ص ٣٦٥: ٣٦٦، المغنى ج / ١٠ ص ٣٨: ٣٩، بدائع الصنائع ج /٧ ص: ٢٥٢، شرح الدردير ج / ٤ ص: ٢٥٤، مواهب الجليل ج / ٦ ص:٢٦٨.

❁ 310 – 312 – الرضا والعفو والانتحار :

نذكّــر بما قلناه من قبل من أن التعزير هو العقوبة الأصلية فى جميع الجرائم، وأن القصاص أو الدية إنما تكونان جائزتين عند توافر ظرف مشدد معين حدده الشارع؛ والظرف المشدد فى نظرنا فى هذا النوع من الجرائم هو إصرار المجنى عليه أو ولى الدم عــلى تنفيذ تلك العقوبة القصوى. ويعبر عن ذلك بأن لهم حق "العفو" عنها. لذلك فــإن الرضا السابق بالفعل الماس بسلامة الجسم أو حياة الشخص كان لا بد أن يُعَدَّ أثــره ممــاثلا لــلعفو اللاحق، بل يرى البعض أن أثره أقوى. ومع ذلك، فإن حياة الإنسان وسلامة بدنه لها فى شريعتنا حصانة خاصة، ولذلك لا يمكن أن يكون الرضا مبيحا للفعل. كل ما هنالك أن الراجح هو أنه يكون شبهة تسقط الحد، أى القصاص والدية فى هذه الحالة. لكن يبقى التعزير، وبابه مفتوح دائما لأنه مقرر لمصالح الجماعة لا لصالح المجنى عليه، وقد يكفى فيه بعض التدابير الوقائية أو الجزاءات التربوية التى لا يصــح اعتــبارها عقوبة جنائية فى نظرنا؛ رغم أنها تدخل ضمن نطاق "التعزير"، كالكفارات أو إطعام المساكين ... وما إليها.

وقــد أشــار إلى مــا وصلت إليه بعض التشريعات "الوضعية" من إباحة العلاقات الجنســية دون قيــد فى حالة الرضا، وأن ذلك يتعارض مع المبدإ الشرعى الذى يحرم العلاقــات الجنسية خارج نطاق الزواج الشرعى سواء تمت بالرضا أو بغير الرضا، مع ملاحظة ضرورة تغليظ العقوبة فى حالة الاغتصاب، وفى حالة العلانية الاستفزازية التى تُعَدّ فى نظرنا ظرفا مشددا. ونحن نعارض الذين يسوّغون التسيب الجنسى ويصفونه بأنه حرية شخصية أو ديمقراطية، لأنهم يتجاهلون حق الجماعة فى حماية الأسرة وجعلها نواة المجتمع الإنسانى القويم الذى يميز البشر عن الحيوانات..

* * *

المــبدأ الأساسى فى شريعتنا هو تحريم الانتحار، ويترتب عليه معاقبة المنتحر ذاته على الشروع، ومعاقبة الشريك كذلك، لكن العقوبة تعزيرية.

والمبدأ هو أن يعاقب الشخص إذا أصاب نفسه عمدا. ونلفت النظر إلى أن الحكم هنا لا يقاس على الرضا بالقطع لصالح الغير، كما ذهب بعض فقهائنا والفقه العصرى أيضا وأشرنا إليه فى تعليقنا على البند (307) فيما سبق، والعقوبة تعزيرية، ولكنها فى نظرنا فى

❁ إذا كنا نرفض وصف إصابة الغير خطأ بأنه جريمة، فهذا من باب أولى إذا أصاب نفسه بطريق الخطإ:

حالة العمد فقط. أما الإصابة بالخطإ؛ فلا نرى أن يعاقب عليها – لأننا سبق أن قلنا إن إيذاء الغير بطريق الخطإ وإن كان يستوجب التعزير إلا أن التعزير فى هذه الحالة ليس من الضرورى أن نَعُدّه "عقوبة جنائية" بل إنه مجرد إجراء تربوى أو تهذيبى أو وقائى. ولا عقوبة إذا أصاب نفسه خطئا من باب أولى، ويكفيه ما لحق به من ألم ...

﴿عوده﴾ ٣١٣ـ *المبارزة والمسئولية الجنائية*: المبارزة قتال بين شخصين، قد يكون متفقا عـليه من قبل، وقد ينشب دون سابقة اتفاق. وقد يحرص كل من المتبارزين على قتل صاحبه، وقد ينوى أن يجرحه حتى يعجزه عن المبارزة. ولا يشترط فى المبارزة أن تكون بسـلاح معـين، فيصـح أن تكون بالسيوف أو الخناجر، ويصح أن تكون بالأسلحة الـنارية، ويصـح أن تكون بالعصى، ويصح أن تكون بالأيدى. والمهم فى المبارزة أن يحـرص كل على قتل صاحبه أو جرحه أو إيذائه؛ فإن كانت المبارزة مقصودا بها مجرد إظهار المهارة والتفوق، ولم يقصد بها الإيذاء فهى نوع من ألعاب الفروسية التى تبيحها الشـريعة، وسنتكلم عليها فيما بعد. أما المبارزة المقصود بها الإيذاء أو الجرح أو القتل فهى محرمة شرعا؛ لأنها ليست إلا قتلا أو جرحا أو إيذاء، وهذه أفعال تحرمها الشريعة تحريما قاطعا. فمن تبارز مع آخر فقتله، فهو قاتل متعمد إذا تعمد قتله، وإذا جرحه وهو يقصـد قتله فأدى الجرح لموته، فهو قاتل متعمد. أما إذا جرحه بقصد تعطيله فقط ولم يقصد قتله، فهو جارح عمدا، فإن أدى الجرح لموته فهو قاتل شبه متعمد ...

ولا تبيح الشريعة المبارزة لإيذاء الخصم إلا فى الحرب، ففى الحرب تجوز المبارزة مع المحـارب، ويـباح قتله، وجرحه، وإيذاؤه؛ لأن دمه مهدر. كذلك تجوز مبارزة الباغى وقت الحرب ولو أنه مسلم؛ لأن البغاة تهدر دماؤهم وقت الحرب. ولقد دُعى الرسول ﷺ يوم أحد للبراز فأجاب، وأذن لأصحابه فى البراز يوم بدر، ويوم الخندق. والفقهاء يبيحون البراز سواء دعا إليه المقاتل ابتداء أو كان إجابة لدعوة غيره، ولكن أبا حنيفة، لا يـبيح لـلمقاتل أن يدعو للبراز مبتدئا؛ لأن ذلك تطاول وبغى فى رأيه، بينما بقية الفقهاء يرون الدعوة للبراز ابتداء نوعا من إظهار القوة وإرهاب العدو(١)...

ويجب أن نفرق فى المبارزة المحرمة بين حالتين، الأولى : ما إذا أحل كل من المتبارزين زميله من دمه، وفى هذه الحالة تطبق القواعد الخاصة برضاء المجنى عليه بالقتل والجرح، وقد سبق أن بينا هذه القواعد.

الثانية: إذا لم يحل أحد المتبارزين الآخر من دمه، وفى هذه الحالة تطبق على القاتل أو الجـارح النصوص الخاصة بالقتل والجرح، ولا يكون لاتفاق المتبارزين على المبارزة أثر على العقوبة الواجبة؛ لأن الاتفاق على المبارزة ليس معناه الرضاء بالقتل والجرح...

---

(١) الأحكـام السلطانية ص : ٣١ وما بعدها، مواهب الجليل للحطاب الجزء الثالث ص : ٣٥٩، أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٩٢، المغنى الجزء العاشر ص : ٣٩٤ وما بعدها...

<عوده> فالمبارزة فى الشريعة تخضع للنصوص العامة التى تحرم القتل والجرح ؛ لأن المبارزة تؤدى للقتل والجرح. وهناك نصوص يمكن أن يستدل بها على تحريم المبارزة، ومن ذلك ما رواه أبو بكر، حيث يقول: قال رسول الله ﷺ : "ذا التقى المسلمان بسيفيهما فالقاتل والمقتول فى النار". فقلت: يا رسول الله هذا القاتل، فما بال المقتول؟ قال: "إنه كان حريصا على قتل صاحبه". ومن ذلك قوله ﷺ : "باب المسلم فسوق، وقتاله كفر". ولكننا لسنا فى حاجة لهذه النصوص الخاصة لتحريم المبارزة؛ لأن النصوص العامة التى حرمت القتل والجرح كفيلة بهذا التحريم

وإذا أدت المبارزة إلى قتل أحد المتبارزين أو جرحه، فإن القتل والجرح ينسب لفاعله فقط، ولا ينسب للمتبارزين معا. ولا يُعَدُّ اتفاقهما على المبارزة ونشوء القتل والجرح عن التقائهما اشتراكا منهما فى القتل أو الجرح قياسا على التصادم؛ لأن القتل أو الجرح الناشئ عن التصادم مترتب على فعل المتصادمين معا، وعلى القوة الناشئة من اصطدامهما. أما القتل أو الجرح فى حالة البراز فناشئ عن فعل أحد المتبارزين وقوته، ولا أثر لفعل الآخر وقوته فى إحداث القتل أو الجرح. فإذا تصادمت سيارتان ونشأ عن اصطدامهما قتل شخص أو جرحه، فإن القوة التى أدت للقتل أو الجرح ترجع إلى قوة اندفاع السيارتين معا والتقاء هاتين القوتين، ولو لم تلتق هاتان القوتان لما حدث القتل أو الجرح. أما فى المبارزة، فقدرة كل مبارز وقوته هى التى ينشأ عنها فعله؛ فإذا ضرب أحدهما الآخر فجرحه أو أطلق عليه رصاصة فأصابته، فليس لقوة المصاب أو عمله دخل فى إصابته[1]...

وتتفق نظرية الشريعة الإسلامية فى المبارزة مع أغلب القوانين الوضعية الحديثة، فإنها تحرم المبارزة وتعاقب عليها بِعَدِّ ما يحدث عنها قتلا أو جرحا أو إيذاء، ومن هذه القوانين القانون المصرى والقانون الفرنسي. وهناك قوانين أخرى تحرم المبارزة، ولكنها تعاقب على ما ينشأ عنها بعقوبات خاصة، بدلا من تطبيق عقوبة القتل والجرح، ومن هذه القوانين القانون الإيطالى والقانون البولندي[2]...

---

(١) راجع كتاب القصاص لأحمد محمد إبراهيم ص/ ١١٣ وما بعدها، فإنه يعطى المبارز حكم الاصطدام، وهو رأى غير منطقي، كما أنه يؤدى إلى حسبان كل تشاجر أو اعتداء فى حكم الاصطدام كلما وقف المجنى عليه موقف المدافع أو المقاوم ....

(٢) شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص : ٤٦١ ....

❁ 313 – الفداء والاستشهاد ليس انتحارا ولا إرهابا :

يهمنا ما قرره من أن شريعتنا لا تجيز المبارزة إلا فى الحرب. أما ما جرى عليه العرف فى أوربا من مبارزة لأسباب شخصية بحتة، فلا وجود له فى مجتمعنا ولا تقره شريعتنا، وتطبق القواعد العامة على كل ما يقع خلالها من أفعال تُعَدُّ جرائم قتل أو جرح – ويعاقب كل من يحدث بالآخر جرحا أو قتلا بعقوبة الجريمة التى توافرت شروطها.

* * *

وهذا يجرنا إلى ما يثار فى عصرنا من خلافات حول حكم العمل الفدائى الاستشهادى ضد أعداء الإسلام وأمته وشعوبه. وهذا الوصف لا تعترف به كثير من الدول ولا الحكومات ولا من يؤيدونهم من الكتَّاب فى عصرنا، ويقاومه أعداؤنا الذين يصفونها بأنها عمليات "انتحارية"، ويمالئهم بعض الكتاب فى وسائل الإعلام حتى إن بعضهم يدعو لتطبيق مبدإ تحريم الانتحار عليها لوقف انتشارها الذى يهدد مجتمعات الأعداء. ولكن بعض الجماعات أو الحركات التى رفعت شعار الجهاد تجند من الشباب من يحيون مبدأ الجهاد فى سبيل الله، دفاعا عن أرض الإسلام وأمته وشرفه. وفى عهود الغزو والاحتلال الأجنبى، كان الجميع يهبون لمقاومة الاستعمار ويَعُدُّون مواجهته بكل الوسائل جهادا ومن يضحى بنفسه فيه شهيدا؛ والجهاد ماض إلى يوم القيامة.

وفى العصر الأخير، قامت حركات الجهاد الشعبى التى تقاوم "العدو" الذى يحتل بعض بلادنا، ويضحى شبابها بأنفسهم فى هذا المجال، بجميع أعمال الفداء – وكان الجميع يشيدون بذلك دائما ويَعُدُّونهم أبطالا وشهداء.

ومنذ أن قبلت بعض الحكومات شروط العدو؛ ظهر أن من بين تلك الشروط مقاومة حركات الجهاد الإسلامى وأعمال الفداء ضد العدو، بحجة وصفها بأنها إرهاب. وتمهيدا لذلك يصفون الفدائيين الذين يقومون بتلك الأعمال الفدائية بأنهم انتحاريون، وهذا ليس وجهة نظر شريعتنا وفقهنا.

إن من يقولون بذلك يرد عليهم دعاة الجهاد الشعبى بأن الجهاد الشعبى يُعَدُّ فى فقهنا واجبا فرديا شرعا ضد عدو يحتل أرض الإسلام ويذل أهله ويصادر حرياتهم ويحرمهم من حقوقهم .. وأن الدول والحكومات مهما تكن ظروفها وسياستها لا تلتزم بمنع الأفراد من القيام بواجب الجهاد الذى فرضته شريعتنا، وأن الاستشهاد أداء لهذا الواجب الفردى فى الجهاد فى سبيل الله ..

❁ الجهاد ضد من يحتل بلاد المسلمين واجب عين فردى على كل مسلم لا يشترط لأدائه إذن من أى سلطة أو دولة :

* * *

إن فقهنا يقرر أن شريعتنا لا تبيح إيذاء الخصم إلا فى الحرب، والحرب التى تقرها شـــريعتنا هى الحرب العادلة، أى الجهاد فى سبيل نصرة الإسلام والمسلمين. والجهاد واجب شرعى على كل مسلم إذا هاجم "العدو" دار الإسلام أو اعتدى على أهلها. واستقر الفقه على أن كل مسلم يجب عليه شرعا أن يسارع لقتال هذا المعتدى، حتى قـــالوا إن المـــرأة تخرج للجهاد دون إذن زوجها، والابن يخرج دون استئذان والده؛ ومـــن بـــاب أولى لا يجوز أن نلزمه باستئذان غيرهم. ومعنى ذلك أن الجهاد واجب فـــردى لا يتوقف على قرار الحكومات والدول أو الأمراء والرؤساء، وأنه لا شأن لـــلدول ولا الحكومـــات بهذا الجهاد الفردى، وهى تتحمل مسئولية هذا الفداء ولا تتدخل فيه ولا تلتزم شرعا بأن تقاومه أو بأن تعاقب عليه إرضاء للعدو؛ لأن ما تلتزم بـــه إزاء العدو هو ما يدخل فى نطاق سلطتها. وشريعتنا لا تلزمها بحرمان الأفراد من أداء فريضة شرعية وهى الجهاد عن طريق الفداء والاستشهاد.

ومـــن حســـن الحظ أن هذا الرأى قد أعلنه شيخ الأزهر – الدكتور محمد سيد طـــنطاوى – فى تصـــريح لـــه بإحدى الصحف اليومية(1)، حيث وصف ما يسمى بالعمليات الانتحارية بأنها دفاع شرعى ضد عدو يعتدى عليهم ولا يرحم شيخا ولا طفلا ولا امرأة. وأضاف قوله صراحة: "أقول لإخواننا المجاهدين دافعوا عن أنفسكم وحقوقكم وأرضكم وعرضكم ومقدساتكم".

وقد علقت على هذا التصريح فى مقال مطول قلت فيه ما يلى:(2)

"الأصل فى القانون الدولى أن أعمال القتال توجه فقط للمقاتلين فى صفوف العدو ولا يجوز أن توجه للمدنيين، ولكن هذه القاعدة تحمى المدنيين فى الجانبين .

---

(1) جريدة الحياة بتاريخ 1997/8/4م الموافق 4 من ربيع الثانى عام 1418هـــ.

(2) منشور بمجلة المجتمع العدد 1263 بتاريخ 1997/8/19م .

❁ رأى شيخ الأزهر ومبدأ المعاملة بالمثل فى حالة الحرب أو الجهاد:

وفى قوانين الحرب أصل مهم يجب ألا نهمله وهو المعاملة بالمثل، أى استعمال أساليب الحرب التى تماثل أو تقابل ما يرتكبه العدو ولو كان فى ذلك خروج عن المبادئ العامة بصفة استثنائية مؤقتة، ليعلم المعتدى أن الشذوذ سيقابله مثله. والقرآن الكريم يقول ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ [البقرة:194].

وتطبيقا لهذا المبدإ، فإن العدو إذا كان يعتدى على المدنيين فإن هذا يجيز للمجاهدين أن يعاملوه بالمثل. ويكونون فى حالة دفاع شرعى. وما دام العدو مستمرا فى العدوان على المدنيين ويطاردهم ويهدم منازلهم ومدنهم وقراهم حتى يضطروا لمغادرة وطنهم، فإن هذا العدوان يوجب على كل مسلم أن يقاومه ولو اقتضى ذلك إهدار دماء هؤلاء المعتدين ومن يساندهم من المدنيين ويؤيدهم ويمدهم بالسلاح والحماية.

إن شريعتنا لا تجيز الانتحار (الذى تجيزه القوانين الوضعية) لكن الفدائيين المدافعين عن شعبهم ووطنهم هم مقاتلون مضطرون لكى يلقوا بأنفسهم للهلاك طلبا للشهادة من أجل ضرب العدو الذى يضربهم، فلا يجوز وصف أعمالهم بأنها عمليات انتحارية لأنها فدائية استشهادية مثل أعمال "الكوماندو" فى الحروب الدولية بين الجيوش النظامية.

ومن حسن الحظ أن شيخ الأزهر قد أكد رأيه مرة ثانية حيث أفتى بشرعية عمليات التفجير فى الأراضى المحتلة، قائلا :"من حق كل مسلم وفلسطينى وعربى أن يفجر نفسه فى قلب إسرائيل، لأن الموت من أجل العزة والكرامة أفضل من الحياة فى ذلة. وأن جميع الشرائع طالبت باستخدام القوة ضد العدو ومحاربة من يقف إلى جانب إسرائيل ... ولا بد من القتال والجهاد والدفاع، ومن يتراجع عن ذلك لا يكون مؤمنا"[1].

(1) جريدة الحياة 27 مايو 1998م الموافق أول صفر عام 1419هـ. وتراجع الأهرام فى ذلك التاريخ.

المبحث السابع

الأفعال المتصلة بالجريمة وعلاقتها بالمسئولية الجنائية

〈عوده〉 ٣١٤ـ *الأفعال المتصلة بالجريمة* : الأفعال المتصلة بالجريمة لا تعدو أن تكون فعلا من ثلاثة؛ فهى إما مباشرة، وإما سبب، وإما شرط. والتمييز بين هذه الأفعال الثلاثة ضرورى للتمييز بين الجانى وغير الجانى ...

المباشرة : هى ما أحدث الجريمة بذاته دون واسطة، وكان علة للجريمة، كذبح شخص بسكين، فإن الذبح يحدث الموت بذاته، وهو فى الوقت نفسه علة الموت. وكالخنق، فإنه يحدث الموت بذاته، وهو فى نفس الوقت علة للموت. وكإشعال نار فى الشىء المحترق، فإن إشعال النار يحدث الحريق بذاته، وهو فى الوقت نفسه علة الحريق. وكأخذ السارق مال الغير من حرزه خفية، فإن الأخذ يحدث السرقة، وهو علة لها. وكتناول الخمر، فإنه يحدث جريمة الشرب، وهو فى الوقت نفسه علة لها ...

السبب : هو ما أحدث الجريمة لا بذاته بل بواسطة وكان علة للجريمة، كشهادة الزور على برىء بأنه قتل غيره، فإنها علة للحكم على المشهود عليه بالموت، ولكن الشهادة لا تحدث بذاتها الموت، وإنما يحدث الموت بواسطة فعل الجلاد الذى يتولى تنفيذ حكم القاضى الذى صدر بالموت. وكحفر بئر فى طريق المجنى عليه وتغطيتها بحيث إذا مر عليها سقط فيها وجرح أو مات، فالحفر هو علة الموت أو الجرح، ولكن الحفر لا يحدث الجرح أو الموت بذاته، وإنما يحدثه بواسطة سقوط المجنى عليه فى البئر...

ونستطيع أن نفرق بين المباشرة والسبب، بأن المباشرة تولد الجريمة دون واسطة وأن السبب يولد المباشرة أو هو واسطة لتولد المباشرة التى تتولد عنها الجريمة...

وللسبب ثلاثة أنواع :

(١) سبب حسى : وهو ما يولّد المباشرة توليدا محسوسا مدركا لا شك فيه ولا خلاف عليه، سواء كان السبب معنويا أو ماديا، كالإكراه على القتل والجرح، فإنه يولد فى المكره داعية القتل والجرح دون شك. وكحفر بئر فى طريق المجنى عليه وتغطيتها، حتى إذا ما مر عليها سقط فيها ومات أو جرح، فلا شك فى أن الحفر هو الذى تولد عنه التردى ثم الموت أو الجرح. وكإشعال النار فى البيت الذى ينام فيه المجنى عليه حتى إذا ما استيقظ كانت النار قد أحاطت به وقضت عليه، وكإطلاق

﴿عوده﴾ حيوان مفترس على المجنى بقصد قتله فيفترسه الحيوان، وكأمر طفل غير مميز بقتل شخص فيقتله. فهذه كلها أسباب مادية ومعنوية تؤدى إلى الجريمة بطريق محسوس مدرك لا يشك فيه ولا يختلف عليه ...

(٢) سبب شرعي : وهو ما يولد مباشرة توليدا شرعيا، أى : أساسه النصوص الشرعية، كشهادة الزور بالقتل أو السرقة، فإنها تولد فى القاضى داعية الحكم بالموت على القاتل والقطع على السارق، وتنفيذ الحكم يؤدى إلى مباشرة الموت والقطع. وكتعمد القاضي أن يحكم ظلما بالقتل أو القطع، فإن تنفيذ هذا الحكم يؤدى إلى مباشرة الموت أو القطع...

(٣) سبب عرفى : وهو ما يولد المباشرة توليدا عرفيا لا حسيا ولا شرعيا ، كترك الطعام المسموم فى متناول الضيف، وكالقتل بوسيلة معنوية مثل الترويع والتخويف والسحر. ويدخل تحت السبب العرفى الأسباب الحسية التى بعدت فأصبحت مشكوكا فيها أو مختلفا عليها، ومثل ذلك إشعال نار فى مسكن شخص بقصد قتله، فإن إشعال النار سبب محسوس للموت إذا مات المجنى عليه محترقا، ولكن إذا أنقذ المجنى عليه ووضع فى مستشفى لعلاجه فانهدم المستشفى على المجنى عليه ومات تحت الأنقاض فإن إشعال النار يصبح سببا للموت مشكوكا فيه أو مختلفا عليه، وينقلب إلى سبب عرفي.. والسبب العرفى قد يكون ماديا وقد يكون معنويا. ويسمى السبب بالعرفى لأن حد السببية فى النوع هو الحد المتعارف عليه، أى ما أقره عرف الناس وقبلته عقولهم[(١)]...

الشرط : هو ما لا يحدث الجريمة وهو علة لها، ولكن وجوده جعل فعلا آخر محدثا للجريمة وعلة لها. ومثل ذلك أن يلقى إنسان بآخر فى بئر حفره ثالث لغير غرض القتل فيموت الثاني، فإن ما أحدث الموت وكان علة له هو الإلقاء فى البئر لا حفر البئر، ولكن الإلقاء ما كان يمكن أن يكون له أثره الذى حدث لولا وجود البئر، فوجود البئر شرط لجريمة القتل التى وقعت بواسطة الإلقاء فى البئر...

---

(١) نهاية المحتاج ج/٧ ص/ ٣٤٠، الوجيز للغزالى ص /١٢٢ وما بعدها، أسنى المطالب ج/٤ ص/٤..

<عوده> ٣١٥ ـ *حكم المباشرة والسبب والشرط* : صاحب الشرط لا مسئولية عليه ما دام لم يقصد بفعله التدخل فى الجريمة أو تسهيلها أو الإعانة عليها؛ لأن فعله لم يحدث الجريمة ولم يكن علة لها، ولو اقتصر الأمر على فعله ماوقعت الجريمة بأى حال. وإذا كان الفعل شرطا لوقوع الجريمة، إلا أن فاعله لم يأته بقصد إجرامي. ولكن صاحب الشرط يسأل جنائيا عن فعله إذا قصد به التدخل فى الجريمة أو تسهيلها أو الإعانة عليها. فإذا أسقط شخص آخر فى بئر حفرت للرى فمات من سقطته، فلا مسئولية على حافر البئر؛ لكن إذا حفر البئر بقصد تسهيل الجريمة فحافره مسئول، ومن يستدرج القتيل لمحل قتله مسئول إذا قصد تسهيل الجريمة، ولا يسأل إذا كان لا علم له بما دبر للقتيل[1]...

أما صاحب المباشرة والتسبب فكلاهما مسئول عن فعله ؛ لأنه علة للجريمة، ولا يمكن أن تحدث الجريمة بدونه. على أن الأمر فى تحديد المسئولية يدق إذا كان المجنى عليه قادرا على دفع أثر فعل المباشر والمتسبب. وقد وضع بعض الفقهاء القواعد الآتية لحكم هذه الحالة :

أولا : إذا كان الفعل مؤديا بطبيعته للجريمة والدفع غير موثوق به، فإن المباشر أوالمتسبب يسأل عن الجريمة، ولا عبرة بسكوت المجنى عليه عن دفع الفعل أو إهماله فى ذلك ، لأن الفعل هو الذى أحدث الجريمة وهو علتها، وليس لسكوت المجنى عليه عن دفع الجريمة أو إهماله دخل فى حدوث الجريمة، ولا يمكن عقلا أن يكون علة لها . فمن أحدث بآخر جرحا بقصد قتله فمات من الجرح، فالفاعل مسئول عن القتل العمد، ولو امتنع المجنى عليه عن معالجة الجرح أو أهمل فى علاجه ...

ثانيا : إذا كان الفعل لا يؤدى بطبيعته للجريمة، وكان الدفع موثوقا به فلم يدفع المجنى عليه الفعل، ففى هذه الحالة يسأل الجانى عن الفعل فقط ولا يسأل عن النتيجة التى ترتبت عليه، لأن الفعل لم يحدث النتيجة ولم يكن علة لها، وإنما الذى أحدثها هو عدم الدفع من جهة المجنى عليه. ومثل ذلك أن يلقى شخص بآخر فى ماء قليل لا يغرق، فيبقى هذا الآخر مستلقيا فى الماء حتى يدركه النوم أو حتى تتصلب أطرافه من البرد فيغرق، فمسئولية الجانى قاصرة على الإلقاء فى الماء فقط، ولا يسأل عن نتيجة

---

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص : ٦ ...

﴿عوده﴾ الإلقاء فى الماء وهى الموت؛ لأن الموت لم ينشأ عن إلقاء الميت فى الماء، وإنما كـــان نتيجة بقائه فى الماء. على أنه يشترط أن يكون الميت قد بقى فى الماء مختارا مع قدرتـــه على الخروج منه، فإذا حدث له شلل أو كسر أو إغماء نتيجة إلقائه فى الماء فعاقه عن الخروج أو غرق نتيجة لذلك، فالإلقاء فى الماء هو الذى أحدث الجريمة وهو علـــتها، ومـــن ثم يسأل عن القتل من باشر الإلقاء أو تسبب فيه... ولاخلاف بين الفقهاء على هذا المبدإ، ولكنهم يختلفون فى تطبيقه. فالشافعية مثلا يرون أن من فصد فلم يربط جرحه حتى نزف دمه ومات لا يسأل من فصده عن القتل ؛ لأن الفصد لا يــؤدى بطبيعته للموت؛ ولأن الميت لو ربط محل الفصد لما نزف. والحنابلة يرون أن مـــن أحدث الفصد مسئول عن القتل؛ لأنه أحدث الجرح الذى أدى للموت؛ ولأن الدفع ليس موثوقا به[1].

ثالثا : إذا كان الفعل يؤدى بطبيعته للجريمة والدفع سهل، كما لو ألقى من يحسن الســـباحة فى مـــاء مغرق فلم يسبح وترك نفسه يغرق، وكما لو ألقى شخص فى نار قليـــلة يســـتطاع الخروج منها فبقى فيها حتى احترق، ففى هاتين الحالتين وأمثالهما خلاف: فالبعض يرى أن الفاعل قاتل؛ لأن الإلقاء فى الماء يدهش الملقى عن السباحة فيغرق؛ ولأن أعصاب الملقى فى النار تتشنج بإلقائه فى النار فتعسر عليه الحركة؛ ولأن العـــادة ألاَّ يستســـلم الناس للموت فيكون الموت نتيجة للإلقاء. ويرى البعض أن الفاعل لا يُعَدُّ قاتلا ما دام المجنى عليه كان يستطيع السباحة فلم يفعل، والخروج من الـــنار فـــبقى فيها[2]. وكلا الفريقين يرى الجانى مسئولا جنائيا، ولكن الفريق الأول يجعلـــه مســـئولا عن نتيجة الفعل، بينما يجعله الفريق الآخر مسئولا عن الفعل دون نتيجـــته قياسا على الحالة الثانية. وأكثر الذين يَعُدُّون الفاعل قاتلا يَعُدُّونه قاتلا شبه عمد لا قاتلا عمدا؛ لأن الفعل لا يؤدى غالبا للموت ...

---

(١) الوجيز ج / ٢ ص / ١٢٢ وما بعدها، المغنى ج / ٩ ص/ ٣٢٦ ...

(٢) نهاية المحتاج ج / ٧ ص ٢٤٣ : ٢٤٥، المغنى ج / ٩ ص/ ٣٢٦، البحر الرائق ج/٨ ص/٢٩٤، مواهب الجليل ج/٦ ص/٢٤٠، الشرح الكبير للدردير ج/٤ ص/٢١٥ : ٢١٦ ...

‹عوده› ٣١٦ ـ *الفرق بين مسئولية المباشر ومسئولية المتسبب* : الأصل فى الشريعة الإسلامية أن المباشر والمتسبب كليهما مسئولان جنائيا عن فعلهما، لكن المساواة فى المسئولية لا تستلزم تساويهما فى العقوبة فى جرائم الحدود؛ لأن القاعدة فى جرائم الحدود أن عقوبة الحد لا تجب إلا على مباشر[١]. فلا يمكن إذن أن يعاقب المتسبب بعقوبة حد، وإنما يعاقب بعقوبة تعزيرية. ويمكن تعليل هذه القاعدة بأن الأصل فى الجرائم ارتكابها بطريق المباشرة، وأن جرائم الحدود يغلب ارتكابها بطريق المباشرة ويقل ارتكابها بطريق التسبب، فخصصت عقوبة الحدود لشدتها بماهو أصل وبما يغلب وقوعه ...

أما جرائم القصاص، فعقوباتها وإن كانت مقدرة كعقوبات الحدود إلا أنها تقع على المباشر والمتسبب معا عند مالك والشافعى وأحمد؛ لأن هذه الجرائم تقع غالبا بطريق التسبب، فلو قصرت عقوباتها على المباشر فقط لتعطلت نصوص القصاص لإمكان الجانى أن يعدل عن طريق المباشرة إلى طريقة التسبب[٢] ...

ولكن أبا حنيفة لا يسوى بين عقوبة القتل العمد المباشر والقتل العمد بالتسبب[٣]، مع أنه يَعُدُّ الفعل فى الحالين قتلا عمدا. وهو يخصص عقوبة القصاص للقاتل المباشر ويدرؤها عن القاتل المتسبب، وحجته فى هذا أن عقوبة القتل العمد هى القصاص، ومعنى القصاص المماثلة، والقصاص فى ذاته قتل بطريق المباشرة، فيجب أن يكون الفعل المقتص عنه قتلا بطريق المباشرة ما دام أساس عقوبة القصاص المماثلة فى الفعل. فمن حفر بئرا ليسقط فيها آخر بقصد قتله لا يقتص منه؛ لأن الحفر سبب القتل ولكنه لم يؤد إليه مباشرة. ومن شهد على آخر زورا بأنه ارتكب جريمة عقوبتها القتل فحكم عليه بالقتل على أساس هذه الشهادة المزورة لايقتص منه؛ لأن الشهادة وإن كانت سبب الحكم بالإعدام إلا أنها لم تؤد لإعدام المشهود عليه مباشرة[٤] ...

---

(١) المهذب ج / ٢ ص / ١٨٩، الشرح الكبير ج / ٩ ص / ٣٤٢ ...

(٢) المغنى ج/٩ ص/٣٣١، أسنى المطالب ج/٤ ص/٥ وما بعدها، مواهب الجليل ج/٦ ص/٣٤١ ...

(٣) يَعُدُّ أبو حنيفة القتل بالتسبب قتلا مباشرا إذا كان من باشر القتل أداة فى يد المتسبب، كما فى حالة الإكراه..

(٤) بدائع الصنائع ج/٧ ص/٢٣٩ ...

﴿عوده﴾ وفى جرائم التعزير، لا فرق بين عقوبة المباشر والمتسبب، فالعقوبات المقررة لهما واحـــدة، ولكـــن هذا لا يقتضى التسوية بينهما فى نوع العقوبة التى توقع على كليهما، ومقدار هذه العقوبة؛ لأن عقوبات التعازير غير مقدرة، وللقاضى حرية فى اختيار العقوبة من بين عقوبات معينة، وتحديد مقدار العقوبة من بين حديها الأدنى والأعلى ...

٣١٧ـ *مـدى مسئولية المباشـر والمتسبب إذا اجتمع سبب ومباشرة* : إذا اجتمع سبب ومباشرة، فلا يخرج الأمر فى تحديد مسئولية المتسبب والمباشر عن حالة من ثلاث:

الأولى : أن يغـــلب الســـبب المباشرة. ويتغلب السبب على المباشرة إذا لم تكن المباشـــرة عدوانا. وفى هذه الحالة تكون المسئولية على المتسبب دون المباشر، كقتل المحكوم عليه بالإعدام بناء على شهادة الزور؛ فتنفيذ الحكم بمعرفة الجلاد هو المباشرة وشهادة الزور هى السبب. ولما كان فعل الجلاد لا يُعَدّ عدوانا كان صاحب السبب، أى شاهد الزور هو القاتل. وهكذا، كلما تغلب السبب على المباشرة انتفت مسئولية المباشر ووقعت المسئولية على عاتق صاحب السبب(١)...

الـــثانية : أن تغـــلب المباشرة السبب. وتتغلب المباشرة على السبب إذا قطعت عمله، كمن ألقى إنسانا فى ماء بقصد إغراقه فخنقه آخر كان يسبح فى الماء، وكمن ألقـــى بإنسان من شاهق فتلقاه آخر قبل وصوله إلى الأرض فقطع رقبته بسيف، أو أطلق عيارا ناريا قتله قبل وصوله إلى الأرض. فالمسئول عن القتل فى هذه الصور هو المباشـــر وعليه وحده القصاص. أما المتسبب، فيعزر على فعله فقط ولا يحاسب على نتيجته وهى الموت ...

ويرى البعض أن المباشرة لا تقطع عمل السبب إذا كانت السلامة من السبب غير متوقعة، كمن رمى آخر من شاهق لا يمكن أن يسلم منه فتلقاه آخر قبل أن يصل إلى الأرض وقدّه بالسيف، فإن السبب فى هذه الحالة يعتدل مع المباشرة، ويكون كل من المباشر والمتسبب مسئولين عن القتل؛ لأن عمل كل منهما يتمم عمل الآخر. أما إذا كان السبب يسلم منه، فتقطع المباشرة عمل السبب على الوجه الذى سبق بيانه(٢).

والمفروض فى الأمثلة السابقة أن المباشر والمتسبب ليس بينهما اتفاق على الجريمة ...

---

(١) أسنى المطالب ج/٤ ص/٦، مواهب الجليل ج/٦ ص / ٢٤١ ...

(٢) المغنى ج/٩ ص / ٣٨٥ ...

〈عوده〉 ويــرى أبــو حنيفة أن المباشرة تغلب السبب دائما كلما اجتمعا، وكانت المباشـــرة عدوانا بحيث يضاف الحكم إلى المباشر دون المتسبب[1]. وإضافة الحكم إلى المباشر دون المتسبب لا يترتب عليها إعفاء المتسبب، فهو مسئول عن فعله كلما كان فعلـــه معصية ... وأهمية هذه القاعدة لا تظهر إلا فى جرائم الحدود والقصاص؛ لأن تغـــليب المباشرة على السبب وإضافة الحكم إلى المباشر يؤدى إلى قصر عقوبة الحد والقصاص على المباشر دون غيره، ويجعل عقوبة المتسبب التعزير كلما تغلبت المباشرة على السبب ...

الثالـــثة : أن يعتدل السبب والمباشرة، بأن يتساوى أثرهما فى إحداث الجريمة. وفى هذه الحالة يكون المتسبب والمباشر مسئولين معا عن نتيجة الفعل، كالإكراه على القتل والأمر به، فإن المكره والآمر مسئولان عن القتل، كما يسأل المكره والمأمور ... وعند أبى حـــنيفة أن السبب لا يعتدل مع المباشرة أبدا؛ لأنه يضيف الحكم للمباشرة، كلما اجتمعت مع سبب وكانت عداونا، وهو فى هذا يخالف ما يراه مالك والشافعى وأحمد. وإذا كان أبو حنيفة يَعُدُّ المكره مسئولا عن القتل فليس ذلك لأنه يرى اعتدال السبب مع المباشرة؛ وإنما لأنه يَعُدُّ صاحب السبب مباشرا إذا كان المباشر آلة فى يده ..

---

(١) الأشباه والنظائر ص/ ٨١، مجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة ص ٥٨١ ...

❁ 314 – 317 – المباشرة والتسبب والشروط والأحكام الخاصة بالحدود والقصاص :

مـــا عرضـــه فى هذا الصدد نموذج لما يجب علينا تقديره من عرض دقيق مفصل لأحكـــام الفقه بشأن الأفعال المؤدية إلى نتيجة معاقب عليها جنائيا. ولحمد له حرصه عـــلى اســـتخدام المصـــطلحات الفقهية التى أهملها شراح القانون الوضعى مكتفين بالمصطلحات المترجمة عن الفقه الوضعى الأجنبى.

والذيـــن درســـوا القـــانون على الكتب العصرية لا بد أن يبذلوا جهدهم لبناء نظرياتهم على أساس المصطلحات الفقهية الأصيلة.

ونـــرى أن التفرقة بين المباشرة والتسبب (بجميع أنواعه) من ناحية، والشرط من ناحيـــة أخرى لها أثرها فيما نراه بعد ذلك من حكم كل منهما، ولذلك بدأ بتعريف كل منهما وتمييزه عن غيره.

وأهـــم الفـــروق تـــرجع إلى إثـــبات نية المشاركة فى الفعل. فالمباشرة والتسبب بطبيعـــتهما تقطعان بتوافر قصد المشاركة، ولا حاجة لإثبات النية – بخلاف الشرط، فهو فى الأصل عمل خارج عن الأفعال التى أدت إلى النتيجة المعاقب عليها، ولذلك لا مســـئولية عـــلى من ارتكبها، إلا إذا وجد دليل يقطع بأنه قصد هذه النتيجة وأرادها. وهـــناك فرق آخر عندما يوجد عامل من جانب المجنى عليه ساهم فى حصول النتيجة على التفصيل الذى وفاه حقه.

* * *

تطـــبيقا للمبدإ الذى يقضى بتضييق نطاق عقوبات الحدود والقصاص، يذهب الرأى الـــراجح إلى عـــدم تطبيقها على مرتكب الفعل بطريق التسبيب وقصر تلك العقوبات القصـــوى على مرتكب الجريمة مباشرة، وتطبيق عقوبة تعزيرية فقط على التسبب. ونحن نـــرجح هـــذا الاتجاه، كما نؤيد ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة من تطبيق هذا المبدإ على "القصاص" باعتبار أن الفقه يَعُدُّه من العقوبات الحدية. ويلاحظ أن كل هذه التفصيلات واردة بصـــدد جرائم الاعتداء على الأشخاص لما قدمناه سابقا من أنها تحظى بعناية خاصة من الفقه والقضاء بسبب اهتمام شريعتنا بحرمة دماء الناس وسلامة أبدانهم.ويكفى دليلا عـــلى ذلـــك مـــا عرضه من أحكام دقيقة عن الحكم فى حالة اجتماع أعمال المباشرة والتسبب فى الصور العديدة التى عرضها بتفصيل لا يحتاج منا إلى إضافة.

<عوده> ٣١٨ ـ *رابطة السببية والمسئولية* : ويشترط لمسئولية الجانى عن الجريمة التى تنسب إليه أن تكون ناشئة عن فعله، وأن يكون بين الفعل الذى أتاه والنتيجة التى يسأل عنها رابطة السببية ...

وقد لا يصعب القول بوجود رابطة السببية بين فعل الجانى ونتيجته، إذا كان فعل الجانى مباشرة لاتصال الفعل بالنتيجة اتصالا مباشرا. أما إذا كان فعل الجانى سببا، فقد يصعب فى كثير من الأحوال القول بوجود رابطة السببية بين الفعل والنتيجة، حيث لا يتصل الفعل اتصالا مباشرا بنتيجته. وتتجلى هذه المصاعب كلما تعددت العلل المؤدية للنتيجة فساعد بعضها عمل البعض، أو قطع بعضها عمل البعض، وكلما بعدت النتائج، وتوالدت الأسباب بينها وبين الأفعال. وسنستعرض فيما يأتى هذه المصاعب ونبين حكمها.

٣١٩ ـ *تعدد العلل المسببة للنتيجة* : القاعدة أن الجانى يسأل عن نتيجة فعله إذا كان فعله وحده هو علة النتيجة، أو كان لفعله إذا نظر إليه منفردا عن غيره[١] دخل فى إحداث النتيجة. فالجانى مسئول عن نتيجة فعله، سواء كان هو الذى أحدث النتيجة وحده أو كان أحد العوامل التى اشتركت فى إحداثها. فمن أحدث بآخر جرحا قاتلا بقصد قتله فأدى الجرح للموت، فهو مسئول عن القتل العمد. وإذا كان بالمجنى عليه إصابات قاتلة من قبل فأحدث به الجانى إصابة أخرى قاتلة فمات منها جميعا، فالجانى مسئول عن القتل العمد، ولو أن الموت نتيجة لكل هذه الإصابات. ويستوى أن تكون الإصابات التى كانت بالمجنى عليه ناشئة عن فعله هو كما لو جرح نفسه، أو عن فعل غيره كما لو ضربه إنسان أو نهشه حيوان ...

وإذا كان بالمجنى عليه إصابات قاتلة سببها فعل مباح كالدفاع الشرعى مثلا، فأحدث به آخر إصابة أو إصابات أخرى عدوانا بقصد قتله فمات من جميع الإصابات، فالجانى مسئول عن القتل العمد، ولو أن بعض الإصابات التى أدت للموت ناشئة عن فعل مباح. وكذلك الحكم لو كانت الإصابات السابقة غير عمدية، وهو نفس الحكم لو كانت الإصابات غير العمدية أو الناشئة عن فعل مباح لاحقة بالإصابات التى أحدثها الجانى وليست سابقة عليها...

---

(١) المفروض أن الجانى لا علاقة له بغيره من الفاعلين ...

‹عوده› وإذا كانت بعض الإصابات أفحش من بعض، فإن الجانى الذى أحدث أبسط الإصابات مسئول عن القتل العمد ما دامت إصابته مهلكة بذاتها أو لها دخل فى القتل على انفرادها. كما أنه لا عبرة بعدد الإصابات التى يحدثها كل جان، فلو كان بشخص مائة إصابة، أدت إلى قتله فالجانى الذى أحدث واحدة منها فقط مسئول عن القتل ما دام لإصابته دخل فى القتل على انفرادها، ولو كانت بقية الإصابات من فعل شخص واحد ...

وإذا أساء المجنى عليه علاج نفسه أو أهمل العلاج، أو سمح لطبيب بعلاج جرحه أو بإجراء عملية فأخطأ العلاج أو قصر فى العملية، وساعد كل ذلك على إحداث النتيجة، فإن الجانى مع ذلك يسأل عن القتل العمد، ما دام فعله مهلكا بذاته، أو كان له منفردا دخل فى إحداث النتيجة ...

وإذا كان المجنى عليه مريضا أو ضعيفا أو صغيرا، فيُعَدُّ الجانى مسئولا عن قتله عمدا إذا ضربه أو جرحه ضربا أو جرحا لا يقتل الصحيح أو الكبير ما دام من شأن هذا الضرب أو الجرح أن يقتل المريض والضعيف والصغير ...

٣٢٠ـ *انقطاع فعل الجانى* : ويسأل الجانى عن نتيجة فعله ما لم ينقطع فعل الجانى بفعل آخر يتغلب عليه ويقطع عمله، ففى هذه الحالة يسأل الجانى عن الفعل دون نتيجته. فمن يجرح إنسانا جرحا قاتلا بقصد قتله يُعَدّ قاتلا له عمدا إذا مات من الجرح، ولكن إذا جاء ثالث فقطع رقبة الجريح فهو القاتل، والأول جارح لا قاتل؛ لأن فعله انقطع عمله وانقضى أثره بفعل الثالث ... ويسأل الجانى عن الفعل دون نتيجته إذا انقطع أثر الفعل فلم يؤد للنتيجة، ولو كان الجانى قاصدا النتيجة. فمن يجرح إنسانا قاصدا قتله فيشفى الجرح يسأل باعتباره جارحا لا قاتلا؛ لأن الجرح انقطع أثره فلم يؤد للموت ...

❁ 318 – 320 – علاقة السببية وانقطاعها :

قـــد يظـــن البعض أن التفصيلات التى عرضها فيما سبق بشأن المباشرة والتسبب لا نظـــير لهـــا فى الفقه "الوضعى" بسبب استخدامه لمصطلحات مختلفة عما تستخدمه الكتب "العصرية". والواقع أن كل ما عرضه تتطرق إليه الكتب العصرية، ولكن تحت عنوان "علاقة السببية". فالمباشرة يقال عنها السبب المباشر، والتسبب هو السبب غير المباشـــر؛ كمـــا أن الـــتداخل بين هذه الأسباب يشار إليه تحت عنوان تعدد الأسباب وانقطاع علاقة السببية ...

والأمثلة التى يشار إليها كما نرى خاصة بجرائم الأشخاص وبخاصة جريمة القتل ..

* * *

نلاحـــظ أن الأمثلة التى أوردها قد أشار فيها إلى أن الجانى يعاقب فقط باعتباره جارحا – مع أنه فى الحالين قد أشار إلى أن الجانى كان يقصد القتل؛ وعلى ذلك فإننا نفضل القول بأن انقطاع علاقة السببية يجعل الجانى مسئولا عن الشروع فى القتل لا عن الجرح فقط.

<عوده> ٣٢١ – *تـوالـد العـلـل والمسـببات* : قلنا : إن الجانى يسأل عن نتيجة فعله إذا كـان فعله وحده هو علة النتيجة، أو كان لفعله إذا نظر إليه منفردا عن غيره دخل فى إحداث النتيجة. وهذه هى القاعدة العامة فى الشريعة، ومن السهل تطبيقها كلما كان فعل الجانى علة مباشرة للنتيجة، كذبح شخص بسكين، فإن الذبح علة مباشرة للموت. ولكـن المسائل لا تعرض دائما بهذه السهولة. فهناك حالات كثيرة لا يكون فيها فعل الجـانى هـو العلة المباشرة للنتيجة، وإنما تتولد العلل وتتوالى بين الفعل والنتيجة بحيث تضعف صلة السببية بين الفعل المنسوب للجانى والنتيجة التى يسأل عنها، وبحيث يبعد الفعل عن النتيجة، ولا يكون سببا مباشرا لها. ومثال ذلك أن يحدث الجانى بالمجنى عليه جرحا بقصد قتله، فينقل المجنى عليه إلى المستشفى، فيحدث حريق بالمستشفى يموت فيه المجنى عليه؛ فهل يسأل الجانى عن الموت باعتبار أن الجرح الذى أحدثه سبب نقل المجنى عـليه إلى المستشفى، وأن النقل تولد عنه موت المجنى عليه محترقا، أم يسأل الجانى عن الجرح فقط؟ ومثل ذلك أيضا أن يشهد شخصان زورا على آخر بأنه قتل ثالثا، فيحكم عـلى المتهم البرىء بالقتل وينفذ فيه، ثم تتبين بعد ذلك براءته؛ فهل يُعَدُّ شاهد الزور قـاتلا باعتـبار أن فعلـه علة للحكم، وأن الحكم تولد عنه الأمر بالتنفيذ، وأن الأمر بالتنفيذ تولد عنه قيام الجلاد بقتل المحكوم عليه؟

ولحل هذه الصعوبات يفرق الفقهاء بين ثلاثة أنواع من العلل والأسباب :

أولهـا : العـلل والأسـباب الحسية : وهى العلل التى تتولد عنها النتائج توليدا محسوسا مدركا لا شك فيه ولا خلاف عليه، بغض النظر عما إذا كانت النتيجة قد تولـدت عـن العلة مباشرة أو كانت قد تولدت عن علة متولدة عن العلة الأولى؛ فكـلما كـان فعـل الجانى علة محسوسة ومدركة للنتيجة فهو مسئول عن النتيجة. كإشـعال الـنار فى بيت المجنى عليه بقصد قتله، حتى إذا ما استيقظ كانت النار قد أحـاطت به فلم يستطع النجاة ومات محترقا، فإن الجانى وضع النار فى المنزل وكان وضعها علة فى احتراق المنزل، وكان إحراق المنزل علة فى موت المجنى عليه محترقا ...

ثانيها : العلل والأسباب الشرعية : وهى العلل والأسباب التى تولد نتائج يسأل عـنها الجانى بمقتضى النصوص الشرعية، كاعتبار شاهد الزور فى جريمة القتل قاتلا للمحكوم عليه. وهذا النوع من العلل يتحمل الجانى نتيجته التى ترتبها عليه النصوص مهما بعدت النتائج وضعفت صلة السببية بين النتائج والفعل ...

﴿عوده﴾ ثالثها : العلل والأسباب العرفية : وهى كل علة أو سبب لا يولد النتائج توليدا حسيا ولا شرعيا، ويدخل تحت هذا النوع من العلل كل ما لا يدخل تحت النوعين السابقين. وتنسب العلة أو السبب إلى العرف؛ لأن حد السببية هو الحد المتعارف عليه أى : ما أقره عرف الناس وقبلته عقولهم ...

وحكم هذا النوع من العلل أن الجانى يتحمل النتائج مهما توالدت العلل والأسباب، إذا كان العرف يقضى بمسئوليته عن هذه النتائج، أما إذا كان العرف يمنع من مسئوليته عن النتائج فلا يسأل عنها. فمثلا لو خرق شخص قاربا يركبه المجنى عليه بقصد إغراقه فى لجة لا نجاة منها، فلما أشرف القارب على الغرق ألقى المجنى عليه بنفسه فى الماء سابحا فالتقمه حوت، فإن الجانى يسأل عن القتل، ولو أن فعل الجانى وهو خرق القارب لم يكن العلة أو السبب المباشر المؤدى للموت، بل كان علة لغرق القارب، وكان غرق القارب علة لإلقاء المجنى عليه بنفسه فى الماء، وكانت هذه العلة الأخيرة علة لالتهام الحوت له. وهذه العلة الأخيرة هى التى أدت مباشرة للموت. ويسأل الجانى عن النتيجة التى ترتبت على فعله مع توالد العلل وتواليها وبعد النتيجة عن فعله، لأن العرف يَعُدُّ صلة السببية قائمة بالرغم من ذلك كله ويَعُدُّ الجانى قاتلا. وإذا ضرب الجانى شخصا بقصد قتله فأحدث به إصابات استلزم علاجها وضع المجنى عليه فى مستشفى، ثم حدث زلزال أدى لهدم المستشفى وموت المجنى عليه تحت الأنقاض، فإن الجانى يسأل باعتباره ضاربا جارحا فقط، ولا يسأل عن النتيجة النهائية وهى الموت، ولو أن الضرب والجرح كانا علة لوجود المجنى عليه بالمستشفى وكان وجوده بالمستشفى "نتيجة" علة لفعل الجاني؛ لأن العرف لا يَعُدُّ الجانى قاتلا فى هذه الحالة. والساحر الذى يمارس أعمال السحر والشعوذة بقصد قتل إنسان معين لا يسأل عن القتل إذا مات الشخص المقصود، وإنما يسأل عن الأفعال التى أتاها دون نتيجتها، لأن عرفنا اليوم لا يعترف بأن السحر يؤدى للقتل ...

٣٢٢ـ *نظرية السببية فى الشريعة* : ويمكننا أن نستخلص مما سبق نظرية السببية فى الشريعة، وهى أن الجانى لا يسأل عن نتيجة فعله إلا إذا كان بين الفعل والنتيجة رابطة السببية، وهى الرباط الذى يربط الفعل الحاصل من الجانى بالنتيجة التى يسأل عنها، أو هى الرباط الذى يربط السبب بالمسبب والعلة بالمعلول. فإذا

〈عوده〉 توافـرت هـذه الرابطة كان الجانى مسئولا عن نتيجة فعله، وإذا انعدمت رابطة السببية بين الفعل ونتيجته، أو قامت هذه الرابطة ثم انقطعت قبل تحقق النتيجة سواء كان الانقطاع طبيعيا أو بفعل شخص آخر، فإن الجانى يسأل عن فعله فقط ولا يسأل عن نتيجته ..

ولا يشترط أن يكون فعل الجانى هو السبب الوحيد المحدث للنتيجة، بل يكفى أن يكـون فعل الجانى سببا فعالا فى إحداث النتيجة، ويستوى بعد ذلك أن يكون فعل الجـانى هو الذى سبب النتيجة وحده، أو سببها معه أفعال أو عوامل أخرى ترجع إلى فعـل المجنى عليه أو الغير، أو ترجع إلى حالة المجنى عليه الطبيعية أو الصحية ... والجانى مسـئول عن نتيجة فعله سواء كان فعله علة مباشرة للنتيجة، أو كان علة غير مباشرة للنتـيجة، بل هو مسئول ولو كانت النتيجة علة لعلة أو علل أخرى تولدت من فعل الجانى ما دام المتعارف عليه بين الناس أن يكون الجانى مسئولا عن مثل هذه الحالة ...

ولا يسـمح الفقهـاء بتوالد الأسباب والعلل وتواليها إلى غير حد، بل يقيدون الـتوالد والتوالى بالعرف، فما عَدَّه العرف سببا للنتيجة فهو سبب لها ولو كان سببا بعيدا، وما لم يَعُدّه العرف سببا للنتيجة فهو ليس سببا لها ولو كان سببا قريبا ...

وقد سلك الفقهاء هذا المسلك؛ لأنه أقرب إلى العدالة وألصق بطبائع الأشياء. فلو أنهـم اكـتفوا فى تحديـد رابطة السببية بالسبب المباشر فقط كما فعل شراح القانون الفرنسـى فى القـتل العمد، لأدى ذلك إلى خروج كثير من الأفعال التى يَعُدُّها العقل والعـرف قتلا. ولو أنهم بالغوا فأخذوا بكل سبب غير مباشر كما فعل بعض الشراح الألمان، لأدخلوا فى دائرة القتل أفعالا كثيرة لا يَعُدُّها عرف الناس ولا منطقهم قتلا ...

ومـن أجل ذلك، جاءت نظرية السببية فى الشريعة مرنة تتسع لكل ما يتسع له عرف الناس ومنطقهم، عادلة؛ لأنها تعتمد على شعور الناس بالعدالة وإحساسهم بها. بـل إن جعل العرف مقياسا تقاس به كفاية السبب لتحقيق النتيجة هو الذى ضمن لـنظرية الشريعة البقاء ما بقى الناس؛ لأن الناس سواء تقدموا أو تأخروا جهلوا أو تعلموا لهم عرف يطمئنون إليه وعقول لا ترتاح إلا إلى ما تراه عدلا، ونظرية الشريعة تتمشى مع عرفهم ونظرهم للعدالة فى كل وقت وفى كل ظرف ...

〈عوده〉 ٣٢٣ ـ بين الشريعة والقوانين : ونظرية الشريعة فى السببية تفضل على قدمها النظرية الفرنسية، وتتفق مع أحدث النظريات التى ظهرت فى دائرة القوانين الوضعية ..

فالشراح الفرنسيون حتى اليوم لا يقبلون فى القتل العمد إلا السبب المباشر، أي: السبب الذى يؤدى للموت بشرط ألاَّ تتوسط بينه وبين الموت عوامل أخرى تؤدى بذاها للموت أو تساعد على إحداثه. فمثلا إذا ضرب الجانى شخصا أو جرحه بقصد قتله فأهمل المجنى عليه العلاج أو أساء علاج نفسه، أو كان مريضا أو ضعيفا فساعد إهماله أو سوء علاجه أو مرضه أو ضعفه على الوفاة، فإن الضرب أو الجرح لا يُعَدّ فى نظر الشراح الفرنسيين علة مباشرة للموت، لأن هناك عوامل أخرى ساعدت على إحداث الوفاة، وقد لا تحدث الوفاة لو لم تكن هذه العوامل ...

ويطبق الشراح الفرنسيون نظريتهم هذه فى حالة القتل العمد فقط. ولكنهم لا يرون بأسا من قبول السبب غير المباشر فى القتل الخطإ. وفى هذه التفرقة وحدها ما يؤكد أن نظريتهم معيبة؛ لأنه إذا كان العدل يقتضى ألاَّ يقبل فى القتل العمد إلا السبب المباشر، فمن الظلم أن يقبل السبب غير المباشر فى القتل الخطإ. وإذا كان العدل يقتضى أن يقبل السبب غير المباشر فى القتل الخطإ، فمن الظلم ألاَّ يقبل فى القتل العمد ...

وأحدث نظريات السببية تأخذ بالسبب المباشر وبالسبب غير المباشر معا. وقد ظهرت هذه النظريات الحديثة فى ألمانيا وإنجلترا وإيطاليا وسويسرا، وانتقلت إلى غيرها من البلاد. وتُعَدّ النظريات الألمانية فى السببية أنموذجا لأحدث النظريات فى السببية، ولذلك سنكتفى بعرضها ...

وأولى النظريات الألمانية هى نظرية السبب الأقوى أو السبب الفعال. وبمقتضى هذه النظريات يسأل الجانى عن النتيجة إذا كان فعله هو السبب الأساسى فى إحداثها، ولو كانت هناك عوامل أخرى ساعدت على إحداث النتيجة؛ لأن هذه العوامل تُعَدُّ شروطا لحدوث النتيجة لا أسباب لها، ما دام أنها لا تقوم بالدور الأول فى إحداث النتيجة. أما إذا قام أحد هذه العوامل بالدور الأول فى إحداث النتيجة، فإن النتيجة تنسب إليه ويصبح فعل الجانى شرطا لحدوث النتيجة لا سببا لها. وقد أخذ على هذه النظرية أنها تقوم على المفاضلة بين العوامل التى تؤدى لإحداث النتيجة من حيث قوة هذه العوامل وضعفها، مع أنها جميعا ضعيفها وقويها ضرورية لإحداث النتيجة، ولو امتنع أحدها مهما كان ضعيفا لما انتهت النتيجة إلى الشكل الذى انتهت به ...

{ج/١٠٨}

﴿عوده﴾ وقد ظهرت بعد ذلك نظرية ثانية، هى نظرية التعادل أريد منها معالجة عيب النظرية الأولى؛ ولذلك فإن أصحابها لا يفاضلون بين العوامل التى تؤدى لإحداث النتيجة، بل يضعونها جميعا فى مستوى واحد. وعندهم أن فعل الجانى هو العامل الأول الذى سبب النتيجة ولولاه لما حدثت، ومن ثم فهو مسئول عن النتيجة بغض النظر عن العوامل الأخرى التى ساعدت على إحداثها. ويستوى عندهم أن تكون العوامل عادية أو غير عادية، راجعة إلى فعل المجنى عليه أو فعل غيره، ناشئة عن حالته الطبيعية أو حالته الصحية، قاطعة لفعل الجانى أو غير قاطعة ...

وقد أخذ على نظرية التعادل أنها تحمل الجانى النتيجة رغم انقطاع فعله بفعل آخر أدى دون شك لحدوث النتيجة، وأنها تسمح بتوالد العلل والأسباب وتواليها إلى غير حد وتحمل الجانى النتيجة باعتبارها متولدة عن فعله الذى انقطع عمله قبل حدوث النتيجة ...

وأحدث النظريات الألمانية هى نظرية السبب الملائم، وقد وجدت لعلاج عيوب نظرية التعادل، وهى تقوم على الأساس الذى قامت عليه نظرية التعادل، ولكنها لا تحمل الجانى المسئولية عن النتيجة إلا إذا عُدَّ فعله سببا ملائما لإحداث النتيجة. ويُعَدُّ السبب ملائما إذا كان كافيا لإحداث النتيجة طبقا لما تعارف عليه الناس وما تقتضيه طبائع الأشياء ...

ونظرية السبب الملائم الألمانية تقوم على نفس الأسس التى تقوم عليها النظرية الإسلامية، وتكاد كلاهما تؤدى إلى نفس النتائج التى تؤدى إليها الأخرى من حيث ترتيب المسئولية. ولعل أهم فرق بينهما أن النظرية الإسلامية سبقت النظرية الألمانية بثلاثة عشر قرنا، وأن النظرية الألمانية تولدت عن نظريات أخرى كانت تتطور مرة بعد أخرى، لتأخذ بما يتفق مع الشريعة الإسلامية وتتخلص مما يخالفها ...

إن ما قاله عن العلل والأسباب الحسية والشرعية نسلم به، لكن المشكلات خارج نطاقها. وقد جمعها كلها تحت تسمية الأسباب العرفية. ومعنى ذلك أن لعرف المجتمع ومسلماته لكى تكون هى الفاصلة. ونموذج أعمال السحر والش تجعلنا نتساءل عما إذا كان قوله إن "عرفنا اليوم" لايعترف بأن السحر يؤد القتل، يفتح الباب لمن يقولون إن بعض المجتمعات الإفريقية لا تزال تَعُدُّ هذه ال وسيلة للقتل والإيذاء، فهل يمكن التسليم لها بذلك؟

وعلى العموم، فإننا نكرر ملاحظتنا فى البند السابق من أن انقطاع علاقة السب المثال الأخير لموت المجنى عليه بسبب زلزال يجعل الجانى مسئولا عن الشروع فى ما دام قد ضرب المجنى عليه أو جرحه بقصد قتله، لا أنه سيكون مسئولا عن الجرح كما يقول.

ولا نقر ما يذهب إليه بعض الفقهاء من أن نية القتل لا تثبت إلا عند اس الجانى سلاحا قاتلا، أما إذا لم تكن الأداة التى استعملت سلاحا قاتلا فإن ا تكون فقط ضربا أفضى إلى موت، أو شبه عمد كما يقال فى فقهنا. لكنا نرى أ توجد دلائل أو قرائن أخرى على وجود هذه النية التى جاء فى قوله أنها كانت الجانى ونرى فى هذه الحالة أن يكون مسئولا عن هذه النية الثابتة بعَدِّ فعله قتلا حتى ولو كانت الآلة التى استخدمها ليست مما أعد للقتل. وأقصى ما يمكن القو أن تكون هناك شبهة توجب استبعاد القصاص والاكتفاء بالتعازير.

* * *

نحن نؤيد ما قاله عن إدخال فقهائنا عرف المجتمع كأساس لتقدير مدى علاقة السببية باعتباره من المميزات التى تفتح باب المرونة والتطور والنمو فى الإسلامى.

وقد قال إن الجانى فى حالة انقطاع علاقة السببية يسأل عن فعله فقط. ون أشرنا فى البندين السابقين إلى أن نية الجانى تدخل فى تقدير ما نَعُدُّه فعله الذى عنه – ونعيد تأكيد ذلك.

❁ - نفضل نسبة الآراء إلى الفقه لا إلى الشريعة :

إن فقهاءنا قدموا لنا حلا مرنا يتسع لكل النظريات الحديثة؛ ويغنينا عنها، ألا وهو تحكـــيم عـــرف المجتمع وما يقبله وما لا يقبله حسب ظروف الزمان والمكان وتطور المجتمعات.

ثم إنـــنا نفضل ألا تستعمل كلمة "الشريعة" (فى السطر الأخير من البند 323) فى الإشـــارة إلى ما توصل إليه فقهاؤنا من آراء ومذاهب، لأن الشريعة أوسع بكثير من المذاهب المعروفة حتى الآن؛ وتشمل كل ما يستجد فى المستقبل من اجتهادات فقهية ومذاهب وآراء مستحدثة، إضافة إلى ما توصل إليه فقهاؤنا فى الماضى الذى نعتز بما قدمـــه لـــنا مـــن مذاهـــب وآراء متعددة ومختلفة - ومع تقديرنا لها فإن من الجائز استحداث آراء أخرى تبررها ظروف الزمان والمكان فى المستقبل.

الفصل الثانى
(من الباب الثالث)
فى ارتفاع المسئولية الجنائية

قيود على المسئولية :

الفصل الثاني
فى ارتفاع المسئولية الجنائية

〈عوده〉 ٣٢٤ـ *علة ارتفاع المسئولية الجنائية* : بينا فيما سبق أن المسئولية الجنائية تقوم على أسس ثلاثة[1]، هى :

(١) إتيان فعل محرم. (٢) أن يكون الفاعل مختارا. (٣) وأن يكون مدركا.

فإذا توافرت هذه الأسس الثلاثة : توافرت المسئولية الجنائية، وإذا انعدم أحدها لم يعاقب الجانى على فعله. على أن عدم العقاب لا يرجع فى كل الحالات إلى سبب واحد بعينه. فإذا لم يكن الفعل محرما فلا مسئولية إطلاقا؛ لأن الفعل غير محرم، والمسئولية لا تكون قبل كل شىء إلا عن فعل محرم. وإذا كان الفعل محرما، ولكن الفاعل فاقد الإدراك أو الاختيار، فالمسئولية الجنائية قائمة، ولكن العقاب يرتفع عن الفاعل لفقدانه الإدراك أو الاختيار...

فالمسئولية ترتفع إذن، إما لسبب يتعلق بالفعل، وإما لسبب يرجع للفاعل، وفى الحالة الأولى يكون الفعل مباحا، وفى الحالة الثانية يبقى الفعل محرما، ولكن لا يعاقب على إتيانه ...

٣٢٥ـ *أسباب الإباحة* : يباح الفعل المحرم فى الشريعة الإسلامية لأسباب متعددة، ولكنها كلها ترجع، إما لاستعمال حق، وإما لأداء واجب. فاستعمال الحقوق وأداء الواجبات هما اللذان يبيحان إتيان الأفعال المحرمة على الكافة، ويمنعان من مؤاخذة الفاعل؛ لأن الشريعة جعلت له حقا فى إتيان الفعل المحرم أو ألزمته بإتيانه، فأباحت له بذلك إتيان ما حرم على الكافة ...

٣٢٦ـ *أسباب رفع العقوبة* : وترتفع العقوبة عن الفاعل، لأربعة أسباب هى:
(١) الإكراه. (٢) السكر. (٣) الجنون. (٤) صغر السن ...
وفى هذه الحالات الأربع يرتكب الجانى فعلا محرما، ولكن العقوبة ترفع عنه لفقدان الاختيار أو الإدراك ...

---

(١) راجع الفقرة رقم ٢٨٥ .

عوده ٣٢٧ـ *الإعفاء من العقاب* : وقد جاءت الشريعة بعد ذلك كله بمبدإ آخر يسمح بإعفاء الجانى من العقاب بالرغم من أنه استحقه، لارتكابه فعلا محرما وهو متمتع بالإدراك والاختيار. ويُعَدُّ هذا المبدأ استثناء من القواعد العامة. ولعل الشارع يقصد من إقرار هذا المبدإ الاستثنائى تشجيع الجانى على التوبة فى الجرائم الخطيرة والعدول عن الاشتراك فيها، خصوصا وقد جاء النص المقرر للمبدإ بعد النص المقرر لعقوبة جريمة الحرابة، وهى من أخطر الجرائم، وذلك قوله ﷻ : ﴿إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فسادا أن يقتَّلوا أو يصلَّبوا أو تقطَّع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفَوا من الأرض ذلك لهم خزى فى الدنيا ولهم فى الآخرة عذاب عظيم * إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم﴾ [المائدة: ٣٣، ٣٤]. ومن المسلم به أن هذا النص ينطبق على جريمة الحرابة، أما ما عداها من جرائم الحدود فمختلف عليه وقد سبق الكلام عن هذا الخلاف[1]. ولا شك فى أن المبدأ الذى جاء به النص يمكن تطبيقه على بعض جرائم التعازير إذا رأى أولو الأمر مصلحة فى ذلك.

٣٢٨ـ *بين الشريعة والقانون*: هذه هى أسباب ارتفاع المسئولية الجنائية فى الشريعة الإسلامية، وهى بذاتها نفس أسباب ارتفاع المسئولية فى القوانين الوضعية. وحكم هذه الأسباب فى الشريعة والقوانين واحد من حيث التكييف. فالشريعة تجعل استعمال الحقوق وأداء الواجبات مبيحا للفعل، فلا جريمة فى فعل يستعمل حقا أو يؤدى واجبا، وهذا هو نفس الحكم فى القانون المصرى وغيره من القوانين الوضعية الحديثة.

والشريعة ترفع العقاب فى حالات الإكراه والسكر والجنون وصغر السن، مع بقاء الفعل جريمة، وهكذا الحكم فى القوانين. والشريعة تعفى من العقاب فى بعض الجرائم الخطيرة من يتوب ويعدل عن ارتكاب الجريمة قبل القدرة عليه، وهكذا تفعل القوانين الوضعية الحديثة ...

والفرق الوحيد بين الشريعة والقوانين الوضعية، أن أسباب الإباحة وأسباب رفع العقاب والإعفاء من العقاب عرفت كلها فى الشريعة الإسلامية من يوم وجودها، أي: من مدة تزيد على ثلاثة عشر قرنا، وعرفت من أول يوم على الوجه الذى هى عليه الآن، بينما القوانين الوضعية لم تعرف هذا كله إلا فى أواخر القرن الثامن عشر، وفى القرن التاسع عشر، ولم تعرفه إلا سببا بعد سبب وخطوة بعد خطوة ...

---

(١) راجع الفقرة رقم ٢٥٣...

۞ 324- 328- فى نظرنا يجب التفرقة بين أسباب الإباحة وموانع المسئولية والإعفاء من العقاب :

جمـــع هـــذا الفصل بين الأسباب التى تنفى توافر أركان الجريمة وتجعل الفعل حقا مباحا أو أداء لواجب فلا يجوز وصفه بأنه "جريمة" - ونسميها أسباب الإباحة، وقد خصص لها المبحث الأول.

وكنا نفضل أن تدرس مستقلة عن الموانع التى ترفع مسئولية الجانى رغم أن الفعل يكـــون جـــريمة مـــتوافرة الأركان، ونسميها "موانع المسئولية" - والتى خصص لها المبحث الثانى.

* * *

وكـــنا نفضل عدم دراسة موانع العقاب فى هذا الفصل الخاص بالمسئولية والذى جعـــل عـــنوانه "ارتفاع المسئولية" - خصوصا أنه أوضح أن فقهنا يتميز عن الفقه الوضعى فى أنه سبق إلى التفرقة بين أسباب الإباحة وموانع المسئولية وموانع العقاب قـــبل القوانـــين الوضعية بقرون عديدة. وهذا يستحق منا أن نفصل بين دراسة هذه الموضـــوعات الثلاثة، وأن نتجاوز عن تعبيره عن موانع المسئولية بأن الشريعة ترفع العقـــاب، فى حـــين أنـــه عندما أشار إلى موانع العقاب قال بأن الشريعة "تعفى من العقاب". ولحن سوف نفرق بين رفع المسئولية ورفع العقاب كما سيتبين فيما بعد.

وسوف نبرز الفرق بين هذه الموضوعات الثلاثة فى كل مناسبة فيما يلى :

المبحث الأول

أسباب الإباحة

استعمال الحقوق وأداء الواجبات

﴿عوده﴾ ٣٢٩ - *العلة فى إباحة الأفعال المحرمة* : الأصل فى الشريعة الإسلامية أن الأفعال المحرمة محظورة على الكافة بصفة عامة، لكن الشارع رأى استثناء من هذا الأصل أن يبيح بعض الأفعال المحرمة لمن توافرت فيهم صفات خاصة؛ لأن ظروف الأفراد أو ظروف الجماعة تقتضى هذه الإباحة، ولأن هؤلاء الذين تباح لهم الأفعال المحرمة يأتونها فى الواقع لتحقيق غرض أو أكثر من أغراض الشارع ...

فالقتل مثلا محرم على الكافة، وعقوبة القاتل عمدا القصاص، أى : القتل، ولكن الشارع جعل تنفيذ هذه العقوبة من حق ولى الدم وذلك قوله ﷻ: ﴿ومن قُتلَ مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف فّى القتل﴾ [الإسراء:٣٣]. فولى الدَم حين يقتل القاتل يأتى عملا مباحا له بصفة خاصة، ولو أن هذا العمل محرم على الكافة. وهو حين يأتيه، يحقق غرضين من أغراض الشارع : أولهما : القصاص من القاتل، وثانيهما : أن يكون القصاص بيد ولى الأمر ...

والجرح محرم على الكافة، ولكن لما كانت حياة الإنسان أو راحته قد تتوقف على عملية جراحية، فقد أبيح للطبيب بصفة خاصة جرح المريض؛ لإنقاذه من آلامه أو لإنقاذ حياته؛ لأن الضرورات تبيح المحظورات؛ ولأن الشريعة تحض على التداوى من الأمراض، وتوجب على المرء ألا يلقى بنفسه فى التهلكة. فإحداث الجرح يحقق من أغراض الشارع: دفع الضرورة، والتداوى من المرض، وإنقاذ النفس من الهلكة ...

والضرب محرم على الكافة، ولكن تربية الصغار وتنشئتهم نشأة طيبة تقتضى بطبيعتها أن يؤدبوا ويضربوا. ولما كانت الشريعة توجب على المشرفين على الصغار أن يحسنوا تربيتهم وتنشئتهم، فقد أبيح لهؤلاء أن يضربوا الصغار بقصد التأديب والتعليم، تحقيقا للواجب المفروض عليهم ... وهكذا استوجبت طبيعة الأشياء وصالح الأفراد والجماعة وتحقيق غايات الشارع، استوجب كل هذا أن يعطى لبعض الأفراد حق ارتكاب الأفعال المحرمة على الكافة ...

﴿عوده﴾ وإذا كـــان الفعـــل المحرم قد أبيح؛ لتحقيق مصلحة معينة، فقد وجب مـــنطقيا ألاَّ يؤتـــى الفعـــل المحرم إلا لتحقيق المصلحة التى أبيح من أجلها، فإن ارتكـــب الفعـــل لغـــرض آخر فهو جريمة. فالطبيب الذى يجرح مريضا بقصد علاجـــه يؤدى واجبا كلف به فعمله مباح، ولكنه إذا جرح المريض بقصد قتله فهو قاتل وعمله جريمة ...

329 – الحقوق والواجبات التى تبيح فعلا محرما :

بعض الأفعال المعاقب عليها فى الأصل تبيحها الشريعة أو توجبها فى أحوال معينة لأشخاص معينين. وهذه الإباحة أو الوجوب تمنع عَدَّ الفعل جريمة. وقد أشار لأمثلة منها سنعود لها بالتفصيل فيما بعد.

لكـــن أول الأمثــلة التى ذكرها توجب علينا أن نذكّر القارئ بأننا منذ البداية لا نـــتفق مع القول بأن "عقوبة" القتل عمدا هى "حق لولى الدم" – ذلك أن العقوبة كمــا قلـــنا دائما هى حق للمجتمع، وهى فى الأصل التعزير فى جميع الجرائم، بما فى ذلك جريمة القتل العمد. كل ما هنالك أن المشرع يشدد العقوبة ويوجب القصاص عند توافر ظرف معين، هو إصرار ولى الدم على طلب "تنفيذ تلك العقوبة الاستثنائية القصوى"، وهى القصاص.

وبناء عليه، فإنه إذا صح القول بأن المطالبة بتنفيذ القصاص حق لولى الدم يستطيع أن يتنازل عنه، فيجب ألا يفهم من ذلك أن مبدأ العقاب على الجريمة حق له، ولا أن له تنفيذ القصاص بيده – بل هناك مبدآن يجب الالتزام بهما :

أولهمـــا: أن حق الجماعة فى العقوبة ثابت، ويبقى للمجتمع دائما، وليس للمجنى عـــليه التـــنازل عنه، وأنه – فى حالة تنازل ولى الدم عن القصاص – يكون الجزاء التعزير الذى هو الأصل فى نظرنا لأنه حق ثابت لا يستطيع "ولى الدم" أن يتدخل فيه بمنع أو طلب أو وجوب ...

ثانيهمـــا : أننا لا نذهب لحد القول بأن إعطاء ولى الدم حق المطالبة بالقصاص أو التنازل عنه معناه أن له الحق فى قتل المتهم بيده، ولا نقول بأن الشريعة تجيز أن يكون القصاص "بيد ولى الدم" دون محاكمة ولا حكم قضائى ...

وإذا كان هذا القول قد ورد فى بعض كتب التراث، فإن من حقنا أن نلتزم بالمبدإ العام، وهو أن توقيع العقوبة الجنائية لا يكون فى نظرنا إلا بحكم قضائى بعد إجراءات شـــرعية صحيحة تضمن لكل متهم الحق فى الدفاع عن نفسه ومناقشة أدلة الاتهام، كما نفسح المجال لولى الدم لكى يتراجع عن طلب القصاص ويتصالح مع المتهم الذى يبقى فى هذه الحالة مع ذلك مستحقا للتعزير.

كما أن علاج المريض يجيز إجراء جراحة له، إلا أن ذلك حق فقط للطبيب المؤهل لذلك. وتوقيع الجزاءات الجنائية هو كذلك حق للقاضى، وهو وحده المؤهل لذلك.

﴿عوده﴾ ٣٣٠ـ *الحق والواجب* : والأصل أن صاحب الحق له أن يستعمل حقه وألاَّ يستعمله. فإذا استعمله فلا حرج عليه، وإن تركه فلا إثم عليه. فالحق إذن هو ما يجوز فعله، ولا يعاقب على تركه ... ويقابل الحق، الواجب، وكلاهما يختلف عن الآخر فى طبيعته. فإذا كان الحق يجوز فعله فالواجب يتحتم فعله، وإذا كان صاحب الحق لا يأثم بتركه ولا يعاقب على تركه، فإن المكلف بالواجب يأثم بتركه ويعرض نفسه للعقوبة المقررة لترك الواجب ...

وإذا كان الحق والواجب يختلفان فى طبيعتهما، فإنهما يتفقان من الناحية الجنائية فى أن الفعل الذى فعل؛ أداء لواجب أو استعمالا لحق، هو فعل مباح ولا يُعَدُّ جريمة... والفعل الواحد قد يُعَدُّ حقا لشخص بعينه وواجبا على شخص آخر. فالقتل قصاصا هو حق لولى الدم إذا باشره، ولكن الفعل نفسه واجب على الجلاد إذا تركت مباشرته له. والتأديب فى مذهب أبى حنيفة حق للزوج والأب، ولكنه واجب على المدرس والمعلم...

وللتفرقة بين الحق والواجب أهمية من وجهين : أولهما، وهو متفق عليه من الفقهاء: أن الحق لا يمكن العقاب على تركه، وأن الواجب يمكن عقاب تاركه ... وثانيهما، وهو مختلف عليه بين الفقهاء: أن الحق يتقيد بشرط السلامة، وأن الواجب لا يتقيد بشرط السلامة، أى : أن من باشر حقا مسئول دائما عن سلامة المحل الذى باشر عليه الحق؛ لأنه مخير بين أن يأتى الفعل أو يتركه، أما من كان عليه واجب فلا يسأل عن سلامة محل الواجب؛ لأنه ملزم بتأدية الواجب وليس له أن يتخلى عنه. وهذا هو رأى أبى حنيفة والشافعي. أما مالك وأحمد، فعندهما أن الحق كالواجب غير مقيد بشرط السلامة ؛ لأن استعمال الحق فى حدوده المقررة عمل مباح ولا مسئولية على مباح...

ولمعرفة ما إذا كان الفعل حقا أو واجبا بالنسبة لشخص معين، ننظر هل يتحتم إتيان الفعل أم لا؟ وهل يعاقب على تركه أو يأثم بتركه أم لا؟ فإن كان يتحتم عليه إتيان الفعل فهو واجب، وكذلك إن كان يأثم بتركه أو يعاقب على تركه. أما إذا كان له أن يأتى الفعل أو يتركه دون أن يأثم أو يعاقب فالفعل حق بالنسبة له ...

وإذا حللنا الحق، وجدنا أنه سلطة ذات حدود معينة تمنح لصاحب الحق على محل الحق؛ فحق التأديب يعطى المؤدب سلطة على محل التأديب وهو الزوجة مثلا، أو الابن أو التلميذ. وإذا حللنا الواجب، وجدنا أنه يعطى أيضا للمكلف به نفس السلطة على محل الواجب، ويجعل مباشرة الواجب حقا له على المحل؛ فواجب التأديب

(عوده) عــند من يقولون بأنه واجب يعطى للمكلف بالواجب نفس سلطة صاحب الحــق عــلى التلميذ والابن. فالمكلف بالواجب هو فى الواقع صاحب حق على محل الواجب، ولكن ليس له أن يترك استعمال حقه. وهذا هو الفرق الوحيد بين صاحب الحق والمكلف بالواجب ...

والكلام على استعمال الحقوق وأداء الواجبات يقتضى الكلام على :

(١) الدفاع الشرعي. (٢) التأديب. (٣) التطبيب. (٤) ألعاب الفروسية.

(٥) إهدار الأشخاص. (٦) حقوق الحكام وواجباتهم .

وسنخصص لكل من هذه الموضوعات مبحثا خاصا ...

330 – لا فرق بين الحق والواجب فى إباحة الفعل :

كثير من الحقوق الشرعية هى واجبات كذلك. ولهذا، فإنه كلما أوجبت الشريعة عملا على شخص فإن ذلك يعطى له الحق فى القيام به، ويكون مباحا له.

جميـــع الأمثلة التى ذكرها هى حقوق .. وبعضها (أو كلها) يمكن أن يكون واجبا فى ظـــروف معينة كما سنبينه. ولكن ما قاله عن إهدار الأشخاص يحتاج إلى تدقيق سيكون محل تفصيل نوضحه فيما بعد.

وقـــد جعـــل لكل مثل من الحقوق التى تبيح الفعل فرعا خاصا به – على النحو التالى:

الفرع الأول
فى الدفاع الشرعي

‹عوده› ٣٣١ - *الدفاع الشرعى فى الشريعة على نوعين* :

(أ) دفاع شرعى خاص، ويسمى اصطلاحا دفع الصائل ...

(ب) دفاع شرعى عام، ويسمى اصطلاحا الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ...

وسنخصص لكل من هذين النوعين مطلبا خاصا ...

المطلب الأول
الدفاع الشرعى الخاص
أو دفع الصائل *

٣٣٢ - *معنى الدفاع الشرعى الخاص* : الدفاع الشرعى الخاص فى الشريعة، هو واجب الإنسان فى حماية نفسه أو نفس غيره، وحقه فى حماية ماله أو مال غيره من كل اعتداء حال غير مشروع بالقوة اللازمة لدفع هذا الاعتداء...

والدفاع الشرعى الخاص، سواء كان واجبا أو حقا، مقصود به دفع الاعتداء وليس عقوبة عليه، بدليل أن دفع الاعتداء فعلا لا يمنع من عقاب المعتدى على اعتدائه... ويصطلح الفقهاء على تسمية الدفاع الشرعى الخاص بـ "دفع الصائل"، وعلى تسمية المعتدى "صائلا"، والمعتدى عليه "مصولا عليه" ...

والأصل فى دفع الصائل قوله ﷻ : ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ [البقرة:١٩٤]. وما رواه يعلى بن أمية عن رسول الله ﷺ قال: "كان لى أجير فقاتل إنسانا فعض أحدهما يد الآخر، فانتزع المعضوض يده من فم العاض فانتزع إحدى ثنيتيه، فأتى النبى فأهدر ثنيته، وقال : أفيدع يده فى فيك تقضمها قضم الفحل"؟! وما رواه عبد الله بن عمرو من قول رسول الله ﷺ : "من أريد ماله بغير حق فقاتل فقتل فهو شهيد". وما رواه أبو هريرة عن رسول الله ﷺ قال : "لو أن امرأ اطلع عليك بغير إذن فحذفته بحصاة ففقأت عينه لم يكن عليك جناح"...

وكما أقرت الشريعة دفع الصائل لرد اعتدائه عن نفس الدافع أو عرضه أو ماله كذلك أقرته لدفع الاعتداء عن نفس الغير أو عرضه أو ماله لقوله عليه السلام: "انصر أخاك ظالما أو مظلوما". ولقوله "إن المؤمنين يتعاونون على الفتان ..." .

---

* صال عليه يصول صولا، وصولانا : سطا عليه ليقهره، فهو صائل .

❁ 331، 332 –الدفاع عن حقوق الفرد، وعن قيم المجتمع :

أعـــتقد أن فقيهنا هو أول من أشار إلى أن الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر هو نـــوع ثان من أنواع الدفاع الشرعى عن المجتمع وقيمه واستقراره. ونحن نؤيد هذا التصور وسوف نرى أهمية ذلك فيما بعد.

وكـــل ما اطلعنا عليه من كتابات فى موضوع الدفاع الشرعى فى فقهنا أو الفقه الوضـــعى، موضوعه هو النوع الأول وحده الذى سماه دفاعا شرعيا خاصا وخصص له المطلب الأول ونبدأ به:

* * *

المطلب الأول

دفع المعتدى (الصائل)

نقـــر بـــأن الـــتعريف الذى قدمه للدفاع الشرعى شامل ودقيق. وحرصه على استعمال لفظ الصائل والمصول عليه للإشارة إلى المعتدى والمعتدَى عليه يسهل على الباحث مراجعة كتب التراث التى سارت على استعمال هذا المصطلح. وإباحة دفع العدوان على نفس الغير وماله هو تطبيق لمبدإ أصيل فى شريعتنا هو المساواة الإنسانية والتضامن كأساس للمجتمع ونظمه وقيمه الثابتة.

وحديث أبى هريرة فى إباحة دفع من يطّلع على خصوصيات المرء – دون إذن – له أهمية خاصة فى مبدإ حرمة الأسرار الشخصية أشرنا إليها فى المقدمة، وتوسعنا فيها فى رسالتنا عن "نظرية التفتيش" بالفرنسية عام 1949م، وكتابنا بالعربية أخيرا (تحت الطبع) عن حرية أسرار الحياة الخاصة ونظرية التفتيش فنحيل إليه.

(عوده) ٣٣٣ ـ *التكييف الشرعي لدفع الصائل* : لا خلاف بين الفقهاء فى أن دفع الصائل شرع ليحمى الإنسان نفسه أو غيره من الاعتداء على النفس والعرض والمال، ولكنهم اختلفوا فى التكييف الشرعى لدفع الصائل من وجهين :

أولهما : ماهية الدفاع وهل هو واجب على المدافع فليس له أن يتخلى عنه كلما كان فى مقدوره، أم هو حق للمدافع فله أن يدفع الاعتداء، وله ألاَّ يدفعه؟

وقد اتفق الفقهاء على أن دفع الصائل واجب على المدافع فى حالة الاعتداء على العرض. فإذا أراد رجل امرأة على نفسها ولم تستطع دفعه إلا بالقتل كان من الواجب عليها أن تقتله إن أمكنها ذلك؛ لأن التمكين منها محرم، وفى ترك الدفاع تمكين منها للمعتدي. وكذلك شأن الرجل يرى غيره يزنى بامرأة أو يحاول الزنا بها ولا يستطيع أن يدفعه عنها إلا بالقتل، فإنه يجب عليه أن يقتله إن أمكنه ذلك ... والواجب هو الذى يذم تاركه ويلام شرعا بوجه ما على رأي، وهو ما يعاقب على تركه طبقا لرأى آخر[1]، ويستوى أن تكون العقوبة على الواجب دنيوية أو أخروية.

والدفاع الواجب قد لا يعاقب على تركه عقوبة دنيوية، ولكن تاركه يُعَدُّ آثما مستحقا للعقوبة الأخروية. فانعدام المسئولية الجنائية على ترك الواجب لا يغير شيئا من طبيعة الواجب ولا يعفى من أدائه...

وانعدام المسئولية الجنائية على ترك الواجب لايسوى بين الواجب وبين الحق؛ لأن الحق يتضمن التخيير بين الفعل والترك، والواجب لا تخيير فيه. كما أن صاحب الحق لا يُعَدُّ آثما بالفعل أو الترك ، أما تارك الواجب فآثم شرعا[2]...

واختلف الفقهاء فى الدفاع عن النفس، فظاهر مذهب أبى حنيفة يتفق مع الرأى الغالب فى مذهبى مالك والشافعى على أن دفع الصائل عن النفس واجب[3]. والرأى المرجوح فى مذهبى مالك والشافعى يتفق مع الرأى الراجح فى مذهب أحمد على أن

---

(١) الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى ج / ١ ص : ١٣٨ وما بعدها، المستصفى للغزالى ج/١ ص : ٦٥ : ٦٦ ...

(٢) المستصفى للغزالى ج / ١ ص : ٧٤ ...

(٣) حاشية ابن عابدين ج/٥ ص/٤٨١، تحفة المحتاج ج/٤ ص/١٢٤ ، مواهب الجليل ج/٦ ص/٣٢٣، الزيلعى وحاشية السلبى ج/٦ ص/١١٠ ...

<عوده> دفع الصائل عن النفس جائز[1] وليس واجبا. وحجة هؤلاء حديث الرسول "فى الفتنة": "اجلس فى بيتك، فإن خفت أن يبهرك شعاع السيف فغط وجهك (أو فى لفظ آخر) فكن عبد الله المقتول ولا تكن عبد الله القاتل". كذلك يحتجون بعمل عثمان رضى الله عنه إذ ترك القتال مع إمكانه وهو يعلم أن الثوار يريدون نفسه...

وبعض الفقهاء الحنابلة يفرقون بين حالة الفتنة وغيرها، ويجعلون الدفاع جائزا مطلقا فى حالة الفتنة. أما فى غير حالة الفتنة فيجعلونه واجبا مطلقا[2]، وهو رأى بعض الشافعية والمالكية[3]...

أما الدفع عن المال فأغلب الفقهاء يرونه جائزا لا واجبا. فللمعتدى عليه أن يدفع الصائل إن شاء، وألاّ يدفعه. والفرق بين المال والنفس، أن المال مما يباح بالإباحة أما النفس فلا تباح بالإباحة. ولكن بعض الفقهاء يرون ان الدفع عن المال واجب إذا كان ما لا فيه روح، أى: ليس جمادا، أو كان مالا للغير فى يد المدافع كمال المحجور عليه أو الوقف، أو مالا مودعا، أو كان مالا للمدافع ولكن تعلق به حق للغير كرهن أو إجارة[4]...

ثانيهما : صيال الصبى والمجنون والحيوان : يرى مالك والشافعى وأحمد أن الإنسان إذا صال عليه صبى أو مجنون أو حيوان يكون فى حالة دفاع، فإذا قتل الصبى أو المجنون أو الحيوان ولم يكن فى وسعه أن يحمى نفسه من الصيال إلا بالقتل فلا مسئولية عليه من الناحية الجنائية أو المدنية؛ لأنه كان يؤدى واجبه فى دفع الصائل عن نفسه[5]...

---

(١) المغنى ج/١٠ ص/٣٥٠ وما بعدها ...

(٢) الإقناع ج / ٤ ص / ٢٩٠ ...

(٣) حاشية الرملى ج/٤ ص / ١٦٨، أسنى المطالب ج/٤ ص ١٦٨، شرح الزرقانى وحاشية البنانى ج/٨ ص / ١١٨ ...

(٤) أسنى المطالب ج / ٤ ص / ١٦٨ ...

(٥) مواهب الجليل ج/٦ ص/٣٢٣، تبصرة الحكام ج/٢ ص /٣٠٣، الأم ج/٦ ص/١٧٢، المهذب ج/ ٢ ص/٣٤٣، الإقناع ج/٤ ص/٢٨٩ ...

﴿عوده﴾ ولكـــن أبـــا حنيفة وأصحابه عدا أبا يوسف يرون أن يكون المصول عليه مســئولا مدنيا عن دية الصبى والمجنون وقيمة الحيوان، وحجتهم فى ذلك أن الدفاع شـــرع لدفـــع الجرائم، وعمل الصبى والمجنون لا يُعَدُّ جريمة، وكذلك فعل الحيوان الأعجـــم، ومن ثم فلا وجود للدفع فى حال صيال الصبى والمجنون والحيوان. ولكن للمعـــتدى عـــليه فى هذه الحالة الحق فى قتل الصائل أو جرحه أو إيذائه على أساس الضـــرورة الملجئة، والقاعدة أن الضرورة الملجئة لاتعفى من الضمان وإن أعفت من العقاب؛ لأن الدماء والأموال معصومة؛ ولأن الأعذار الشرعية لا تنافى هذه العصمة..

ويـــرى أبو يوسف أن يكون المصول عليه مسئولا عن قيمة الحيوان فقط، لأن فعـــل الصـــبى والمجـــنون جريمة ولكن رفع عنهما العقاب لانعدام الإدراك، أما فعل الحيوان الأعجم فليس جريمة. ويترتب على هذا أن يكون المصول عليه فى حالة دفاع إذا صال عليه صبى أو مجنون، وفى حالة ضرورة ملجئة إذا صال عليه حيوان[1]...

وحجة القائلين بقيام حالة الدفاع فى كل حال أن من واجب الإنسان أن يحمى نفســـه ونفس غيره من كل اعتداء يقع على النفس، ومن حقه ومن واجبه أحيانا أن يحمى ماله ومال غيره من كل اعتداء يقع على المال سواء كون الاعتداء جريمة أم لا، وأن فعل الاعتداء بذاته لا يحل دم الصائل ولكنه يوجب على المصول عليه أو يجيز له أن يمـــنع الاعتداء، فإذا لم يكن فى الإمكان منع الاعتداء إلا بالقتل فذلك هو القدر الـــلازم لـــرد الاعـــتداء. فمشروعية منع الاعتداء هو الذى أحل دم الصائل وليس الاعتداء فى ذاته، ومن ثم فليس من الضرورى أن يكون الاعتداء جريمة[2]...

---

(١) البحر الرائق ج/٨ ص/٣٠٢ ...

(٢) الأم ج/ ٦ ص/ ١٧٢، ١٧٣ ...

<عوده> ٣٣٤ـ *بين الشريعة والقانون* : بينا فيما سبق التكييف الشرعى للدفاع. أما تكييف الدفاع فى القوانين الوضعية، فقد اختلف باختلاف الأزمنة. فقديما كانوا يرون أنه حق مستمد من القانون الطبيعى لا القانون الوضعي. وفى العصور الوسطى عُدَّ الدفاع حالة لا تمنع من العقوبة ولكنها تؤهل للعفو عن العقوبة. وفى القرن الثامن عشر فسر الدفاع بأنه حالة ضرورة تبيح للمرء أن يدافع عن نفسه بنفسه، وتنشأ الضرورة من عدم وجود حماية حاضرة من الهيئة الاجتماعية. وفى القرن التاسع عشر، كيف الدفاع بأنه حالة من حالات الإكراه؛ لأن الخطر المحدق بالمدافع يجعله عديم الاختيار؛ ولأن الجانى يندفع بغريزته للمحافظة على حياته، وقد أخذ على هذا التكييف بأنه لا يعلل الدفاع عن الغير ولا عن المال، وأنه يؤدى إلى تسويغ الدفاع عند استعمال الحق أو أداء الواجب...

وأحدث الآراء اليوم فى القوانين الوضعية أن الدفاع استعمال لحق أباحه القانون الوضعى بل أداء لواجب؛ لأن من حق كل إنسان بل ومن واجبه أن يعنى بالمحافظة على حياته وأن يدافع عن نفسه وماله، فضلا عن أن الجماعة لامصلحة لها فى العقاب؛ لأن المدافع ليس بالمجرم الذى يخشى على الجماعة من شره...

والظاهر من مقارنة هذه الآراء المختلفة باختلاف العصور وتطوراتها المستمرة أنها انتهت فى القرن العشرين إلى ما بدأت به الشريعة الإسلامية فى القرن السابع. فالدفاع يكيف فى الشريعة بأنه واجب فى أكثر الحالات، حق فى بعضها، وهو يكيف اليوم فى القوانين الوضعية بأنه حق إن لم يكن واجبا، ولعلنا بعد قليل نرى شراح القوانين الوضعية يحددون الدفاع الواجب كما فعل فقهاء الشريعة...

ويرى شراح القوانين الوضعية أنه يجوز استعمال حق الدفاع ضد المجنون والطفل، ولو أن كليهما معفى من العقاب؛ لأن الدفاع الشرعى ليس عقابا يقع على المعتدي، وإنما هو دفع لعدوانه، وهذا يتفق مع مايراه أغلب الفقهاء...

ولكن شراح القوانين اختلفوا فيما إذا كان هجوم الحيوان يمكن دفعه استنادا إلى حق الدفاع الشرعي، أو استنادا إلى أنه حالة ضرورة. فرأى البعض ما يراه فقهاء الحنفية، من أن الحيوان الأعجم لا يمكن عَدُّه معتديا أو مرتكبا لجريمة، وأن حالة

﴿عوده﴾ الضـــرورة هـــى التى تبيح قتل الحيوان. ورأى البعض الآخر تطبيق نظرية الدفاع الشرعى بالنسبة للحيوان، وهو ما يراه مالك والشافعى وأحمد[1]...

ويـستفق القانون المصرى مع مذهب أبى حنيفة فى اشتراط أن يكون فعل الصائل جريمة، فإن لم يكن جريمة، لم توجد حالة الدفاع[2]...

(١) الموسوعة الجنائية ج / ١ ص / ٥٢٥ ...

(٢) راجع المادة ٢٤٦ من قانون العقوبات المصرى ...

ليس من حق المرء أن يفرط فى حياته أو عرضه؛ أو يسمح بالاعتداء على حياة غيره أو عرضه؛ لذلك أجمع الفقهاء على أن الدفاع الشرعى عن النفس والعرض واجب، سواء فى ذلك نفس المدافع وعرضه أو نفس الغير وعرضه.

أما المال فإن لكل فرد أن يتخلى عنه، لذلك فإن تصديه للدفاع عنه جائز وحق لا واجب فى الرأى الراجح فى فقهنا؛ على التفصيل الذى أورده.

لكن موضوع الفتنة له شأن خاص. فالدفاع فى حالة الفتنة فى نظرهم جائز وليس واجبا، لأن المدافع قد يرى من المصلحة عدم التصدى للمعتدين، ولأن فقهاءنا يخشون من تسلسل العدوان إلى ما لا نهاية مما يهدد أمن الجماعة واستقرارها. لذلك، رجح البعض تفادى انتشار الفتنة ولو اقتضى ذلك عدم التصدى للعدوان .. وهذا الرأى محل جدل فى الماضى، وسيبقى دائما مثيرا للخلاف.

لقد قدم لنا نماذج مما نستطيع به أن نفخر بما وصل إليه فقهنا من دقة وعمق فى تخريج الأحكام مع مراعاة مختلف المبادئ العامة وإعمالها :

فقد أشار إلى ما يراه بعض فقهائنا من التمييز بين الدفاع عن المال الذى يكون حيوانا فيه روح، وغيره من الجمادات؛ لأن النوع الأول له حرمة الكائن الحى الذى يستحق أن يدافع عنه حتى لا يعتدى أحد على حياته دون سبب شرعى أو دون توافر شروط لذلك، فيرون أنه يجب الدفاع الشرعى عن حقه فى الحياة بصفته كائنا حيا لا بحُسبانه مجرد مال. كذلك المال الذى يكون وديعة أو أمانة تحت يد المعتدى عليه، فهنا يوجبون عليه أن يدافع عنه لأنه يلتزم بالمحافظة عليه حتى يعيده إلى من سلمه له (إذا كان وديعة) أو من هو فى ولايته (إذا كان قاصرا) أو تحت نظارته (إذا كان وقفا).

بالنسبة للعدوان الواقع من شخص غير عاقل أو غير مسئول (مجنون أوصبى) أو حيوان، قالوا إنه يجيز الدفاع الشرعى رغم أن المعتدى لا يمكن أن يكون مسئولا عن ارتكاب جريمة. ثم أضاف الحنفية أنهم لا يَعُدُّون ذلك دفاعا شرعيا، بل هو حالة ضرورة، ورتبوا على ذلك أن المدافع يلتزم بالتعويض المدنى، لأن الضرورة تمنع المسئولية الجنائية لكنها لا تجعل الفعل مباحا، وبالتالى فهى لا تعفى من التعويض المدنى عن الضرر.

❁ بين الدفاع وحالة الضرورة :

بـــل فرق أبو يوسف – بين فعل الصبى أو المجنون، فقال إنه يكون جريمة فى ذاته، كـــل مـــا هنالك أن مرتكبها غير مسئول لانعدام عقله أو عدم بلوغه، ولذلك فإن المدافـــع يكـــون لـــه الحق فى الدفاع الشرعى لمنع الجريمة، ولا يلتزم بالتعويض لأنه اســـتعمل حقه الشرعى. أما فعل الحيوان فلا يمكن وصفه بأنه "جريمة" بأى حال من الأحـــوال، لذلك لا يجيز الدفاع الشرعى بل يكون المدافع فى حالة ضرورة لا تعفيه من التعويض المدنى (الضمان) فى هذا الرأى.

ورغم دقة هذه الأقوال إلا أن الرأى القائل بتوافر حالة الدفاع الشرعى فى جميع هذه الأمثلة هو فى نظرنا أكثر عمقا وأقرب للصواب؛ وهو يستند إلى أن حق الدفاع الشرعى ناتج عن الخطر الذى يمثله الفعل لا عن وصفه بأنه "جريمة" متوافرة الأركان؛ إن الدفـــاع الشـــرعى هو دفع خطر الفعل الذى يهدد النفس أو المال، وليس جزاء للمعتدى يستلزم البحث فى توافر شروط مسئوليته عن هذا الفعل أو عن وصفه بأنه صفته "جريمة".

* * *

برغم قوله إن القانون المصرى ومذهب أبى حنيفة يشترطان أن يكون فعل المعتدى جريمة حتى تبيح الدفاع الشرعى، فإننا نفضل القول بأنه اعتداء، سواء كان جريمة أم لا، كما أوضح ذلك فى البند التالى. ولذلك نرجح مذهب مالك والشافعى وأحمد الذى أشـــار إليه فى البند (335). أما الضرورة فتكون محصورة فى الحالات التى يلجأ فيها المضـــطر إلى إحـــداث ضرر يمس شخصا بريئا لم يصدر منه عدوان، ولذلك فإن من أصابه ضرر فى هذه الحالة يستحق التعويض . وهذه هى القاعدة التى نرى الأخذ بها فى حالـــة مـــا إذا كان الخطر من فعل حيوان، فلا نرى التزام المدافع بالتعويض عن الضرر إلا إذا كان الخطر الذى كان يدفعه ناشئا عن فعله هو كأن استفز الحيوان أو هاجمه ..

وعـــلى ذلك فإن الدفاع الشرعى هو ضرورة دائما، لكنها نتجت عن فعل ينتج عـــنه خطر وأنه وقع من المعتدى (الصائل) سواء كان إنسانا أو حيوانا .. فالضرورة شـــرط مـــن شـــروط الدفاع الشرعى دائما – وإن كانت أوسع نطاقا لأنها تشمل حالات لا تتوافر فيها شروط حق الدفاع الشرعى.

عوده ٣٣٥ ـ *شروط دفع الصائل* : لدفع الصائل شروط يجب توافرها حتى يُعَدَّ المَصُـــول عليه فى حالة دفاع. وهذه الشروط هى : أولا : أن يكون هناك اعتداء أو عـــدوان، ثانيا : أن يكون هذا الاعتداء حالا، ثالثا : ألاَّ يمكن دفع الاعتداء بطريق آخر، رابعا : أن يدفع الاعتداء بالقوة اللازمة لدفعه ...

الشـــرط الأول : أن يكـــون هـــناك اعتداء : يجب أن يكون الفعل الواقع على المصـــول عـــليه اعتداء، فإن لم يكن كذلك لم يجز دفعه. فالأب إذا ضرب ولده أو زوجته للتأديب، والمعلم إذا أدب الصبي، والجلاد حين يقطع رقبة المحكوم عليه أو يد السارق، ومستوفى القصاص حين يقتل القاتل أو يقطع يده قصاصا، كل هؤلاء لا يُعَدُّ فعلهم عدوانا أو اعتداء، وإنما هو استعمال لحق أو أداء لواجب...

ويترتب على اشتراط الاعتداء أو العدوان فى الفعل أن كل عمل أوجبته الشريعة أو أجازتـــه لا يُعَـــدُّ اعتداء إذا باشره صاحب الحق فيه، كالقبض والتفتيش والجلد والحـــبس، وغـــير ذلك من الحقوق والواجبات المقررة للأفراد والسلطات العامة أو عليهم..وليس للاعتداء حد مقرر، فيصح أن يكون الاعتداء شديدا، ويصح أن يكون بسيطا. وبساطة الاعتداء لا تمنع من الدفاع، ولكنها تقيد المدافع بأن يدفع الاعتداء بـــالقوة اللازمـــة لدفعه..ويصح أن يكون الاعتداء واقعا على نفس المصول عليه أو عرضه أو ماله، كما يصح أن يكون واقعا على نفس الغير أو عرضه أو ماله، ويصح أن يكون واقعا على نفس الصائل أو ماله، كمن حاول أن يقتل نفسه أو يقطع طرفه أو يتلف ماله[1]..

وليـــس من الضرورى فى رأى مالك والشافعى وأحمد أن يكون الاعتداء جريمة معاقبا عليها، ولكن يكفى أن يكون عملا غير مشروع. وليس من الضرورى فى رأى هـــؤلاء الفقهاء أن يكون الصائل مسئولا جنائيا عن فعله، فيصح أن يكون الصائل مجـــنونا أو طفـــلا. ويكفـــى لقيام حالة الدفاع أن يكون فعل الصائل أيا كان غير مشروع. أما أبو حنيفة وأصحابه، فيشترطون أن يكون الاعتداء مما يُعَدُّ جريمة معاقبا عـــليها، وأن يكـــون الصائل مسئولا جنائيا عنها، وإلا كان الدفع قائما على حالة الضـــرورة. ويخالفهم أبو يوسف فى هذا، حيث يشترط أن يكون الفعل جريمة دون

---

(١) أسنى المطالب ج / ٤ ص : ١٦٧ ...

<عوده> حاجة لأن يكون الصائل مسئولا عن الجريمة جنائيا. ورأى أبي يوسف يتفق تمام الاتفاق مع نص القانون المصرى الذى يشترط أن يكون الفعل جريمة ...

ويُعَدُّ الفعل اعتداء سواء كان مصدره إنسانا أو حيوانا، وهو ما يراه مالك والشافعي وأحمد، ولكن أبا حنيفة وأصحابه جميعا لا يرون مسوِّغا لوجود حالة الدفاع عند هجوم الحيوان لأن فعله لا يُعَدُّ جريمة، ويرون رد الهجوم على أساس حالة الضرورة، وهو رأى قد يتفق أيضا مع نصوص القانون المصرى الذى يعاقب على قتل الحيوان إذا كان قتله دون مقتض (٣٥٥ عقوبات). هذا إذا فسرنا المقتضى بأنه حالة الضرورة، وهو الرأى الراجح، لأن فعل الحيوان ليس جريمة فى ذاته. أما إذا أمكن فى بعض الأحوال عَدُّ الفعل جريمة من صاحب الحيوان، فالدفاع يوجد ولكنه لا يوجد فى غير ذلك من الحالات ...

وليس للصائل أن يرد دفاع المصول عليه ثم يحتج بأنه كان يدافع عن نفسه؛ لأنه هو الذى اعتدى فأصبح باعتدائه عرضة لدفاع المصول عليه. فإذا اقتضى الدفاع قتل الصائل فقد أصبح دم الصائل هدرا، أما المصول عليه فمعصوم. وإذا اقتضى الدفاع جرح الصائل لتعطيله فقد أصبح الجرح هدرا مع بقاء المصول عليه معصوما. ومن الأمثلة على ذلك قضاء على رضى الله عنه فى امرأة تزوجت، فلما كان ليلة زفافها أدخلت صديقها الحجلة سرا، وجاء الزوج فدخل الحجلة فوثب عليه الصديق فاقتتلا فقتل الزوج الصديق، وقتلت المرأة الزوج، فقضى على بقتل المرأة بالزوج ولم يَعُدّها مدافعة عن نفسها أو عن غيرها ...

لكن إذا زادت أعمال الدفاع عن الحد اللازم لرد العدوان عُدَّ الزائد منها عدوانا، وكان للصائل أن يدفعه ويقاد المصول عليه بما زاد عن حاجة الدفاع ويؤخذ بجريرته ...

ولا يشترط لقيام حالة الدفاع أن يقع الاعتداء فعلا، فليس على المصول عليه أن ينتظر حتى يبدره الصائل بالاعتداء، بل للمصول عليه أن يبدر الصائل بالمنع ما دامت حالته تدل على أنه سيعتدى. فإذا أقبل الرجل بالسيف أو غيره من السلاح إلى الرجل فإنما له ضربه على ما يقع فى نفسه، فإن وقع فى نفسه أنه يضربه وإن لم يبدأه المقبل إليه بالضرب فليضربه وإن لم يقع فى نفسه ذلك لم يكن له ضربه[1]. ويجب أن

---

(١) الأم ج / ٦ ص / ٢٧ ...

〈عوده〉 يكـــون الاعـــتقاد بالاعتداء غالبا على الظن حتى يمكن تسويغ الدفاع. أما الوهـــم والظن الضعيف فلا يسوِّغانه. فإذا دخل رجل بالسلاح دارا فغلب على ظن صـــاحب الدار أنه قاصد قتله، لأسباب معقولة كان له أن يبدره بالقتل، وإذا توقع صـــاحب الـــدار من لص أنه سيعاجله وكان توقعه مبنيا على أسباب معقولة فليقتله ولاشيء عليه[1]...

وإشـــهار السلاح بقصد المزاح واللعب لا يوجد المشهور عليه فى حالة دفاع ولا يجعلـــه مصـــولا عليه؛ لأن إشهار السلاح على هذا الوجه لا يُعَدُّ اعتداء. لكن إذا كـــانت الظـــروف تـــدل على أن الصائل يظهر المزاح ويبطن الجد حتى يتمكن من المصول عليه، كان للمصول عليه دفع شره ولو بقتله إذا لم يمكن دفعه إلا بالقتل...

ولمعرفة بداية الاعتداء ونهايته أهمية قصوى؛ لأن الدفاع يتولد عن الاعتداء وينتهى بانـــتهائه؛ فـــلا دفاع قبل الاعتداء ولا دفاع بعد الاعتداء. فإذا ضرب المصول عليه الصائل فانصرف أو جرحه فأعجزه عن الاعتداء فليس للمصول عليه أن يتبعه ليضربه مرة أخرى، وليس له بعد أن يعجزه أن يثنى عليه، فإذا فعل من ذلك شيئا فهو جرح أو قـــتل وعليه عقوبته. ولكن يجوز للمصول عليه أن يتبع الصائل ليسترد منه ما هرب به من مال، وتُعَدُّ حالة الدفاع قائمة حتى يسترد من الصائل ما أخذه، وللمصول عليه أن يقتل الصائل ليسترد منه المسروق إذا لم يمكن استرداده بطريقة أخرى...

والرغـــبة فى الاعتداء لا تخلق حالة الدفاع، وإنما المعتبر هو إمكان الاعتداء. فمن كـــان يريد الاعتداء ولكنه لا يستطيع فضربه أو جرحه أو قتله جريمة؛ لأن الدفاع مقرر لدفع الاعتداء والاعتداء غير ممكن فى ذاته...

الشرط الثانى: أن يكون الاعتداء حالا: لا يوجد المصول عليه فى حالة دفاع إلا إذا كان الاعتداء حالا، فإن لم يكن حالا فعمل المصول عليه ليس دفاعا وإنما اعتداء؛ لأن الدفـــاع لايوجـــد إلا إذا تحقق الاعتداء فى الفعل أو الظن. فحلول الاعتداء هو الذى يخلق حالة الدفاع ومن ثم لم يكن الاعتداء المؤجل محلا للدفاع، ولم يكن التهديد بالاعتداء محلا للدفاع، إذ ليس هناك خطر يحتمى منه الإنسان بالدفاع العاجل، وإذا عُـــدَّ الـــتهديد اعتداء فى ذاته، فإنه يجب أن يندفع بما يناسبه، والالتجاء للسلطات العمومية كاف لحماية المصول عليه من التهديد ...

---

(١) المرجع السابق لفسه ...

عوده الشرط الثالث : ألاّ يمكن دفع الاعتداء بطريق آخر : يشترط لوجود حالة الدفـاع ألاّ تكـون هناك وسيلة أخرى ممكنة لدفع الصائل؛ فإذا أمكن دفع الصائل بوسيلة أخرى تغنيه عن الدفاع وجب استعمالها، فإن أهمل المصول عليه هذه الوسيلة ودفـع الاعتداء فهو معتد. فإذا أمكن دفع الصائل مثلا بالصراخ والاستغاثة فليس للمصول عليه أن يضربه أو يجرحه أو يقتله، فإن فعل كان فعله جريمة(١). وإذا أمكن الاحتماء برجال السلطة العمومية فى الوقت المناسب أو استطاع المصول عليه أن يمنع نفسه أو يمتنع بغيره دون استعمال العنف فليس له أن يستعمله(٢) ...

وقد اختلف الفقهاء فى الهرب كوسيلة لدفع الاعتداء. فمن رأى أن الهرب يصلح وسيلة من وسائل دفع الاعتداء، فقد أوجب الهرب على المصول عليه؛ لأن الهرب هو الوسيلة المناسبة لدفع الاعتداء، والمصول عليه مكلف بدفع الاعتداء بأيسر مايمكن(٣). ومـن رأى أن الهرب لا يصلح وسيلة من وسائل الدفاع، فإنه لا يلزم المصول عليه بالهـرب، ويجعل له أن يثبت ويدافع إذا لم يكن إلا الهرب أو الدفاع(٤). وفرق بعض الفقهـاء بين ما إذا كان الهرب مشينا أو غير مشين، وجعلوه لازما إذا لم يكن مشينا وغير لازم إذا كان مشينا(٥). ويشترط على كل حال عند من يرون الهرب دفاعا أن يقـوم الهـرب مقام الدفاع، فإذا كان الدفاع عن المال أو الحريم ولم يستطع المدافع الهرب بالمال أو الحريم فلا يُعَدُّ الهرب دفاعا ولا يلزم به المصول عليه(٦) ...

الشـرط الرابع : أن يدفع الاعتداء بالقوة اللازمة لرده : يشترط فى الدفاع أن يكون بالقدر اللازم لدفع الاعتداء، فإن زاد عن ذلك فهو اعتداء لا دفاع. فالمصول عليه مقيد دائما بأن يدفع الاعتداء بأيسر ما يندفع به، وليس له أن يدفعه بالكثير إذا كان يندفع بالقليل. فإذا دخل رجل منزل آخر بغير إذنه وكان يندفع بالأمر بمغادرة المنزل أو بالتهديد بالضرب فليس له أن يضربه، فإن لم يخرج ضربه بأسهل ما يعلم أنه

(١) حاشية ابن عابدين ج/٥ ص/٤٠٢، أسنى المطالب ج/٤ ص/١٦٧ ...
(٢) الأم ج/٦ ص /٢٧، أسنى المطالب ج/٤ ص / ١٦٧ ...
(٣) المغنى ج/١٠ ص / ٣٥٣ ...
(٤) المرجع السابق نفسه، والأم ج / ٦ ص / ٢٨ ...
(٥) تحفة المحتاج ج / ٤ ص / ١٢٦ ...
(٦) المرجع السابق، وأسنى المطالب ج / ٤ ص / ١٦٧ ...

<عوده> يندفع به؛ لأن المقصود دفعه، فإن اندفع بقليل فلا حاجة لأكثر منه. فإن علم أنـه يخرج بالعصا لم يكن له ضربه بالحديد؛ لأن الحديد آلة للقتل بخلاف العصا. وإن ذهـب موليـا لم يكن له قتله ولا اتباعه. وإن ضربه ضربة عطلته لم يكن له أن يثنى عـليه؛ لأنه كفى شره. وإن ضربه فقطع يمينه فولى مدبرا فضربه فقطع رجله، فقطع الرجل مضمون عليه بالقصاص أو الدية؛ لأنه فى حال لا يجوز له فيها ضربه(١). وإن كـان لا يندفع إلا بالقتل أو خاف أن يبدره بالقتل إن لم يقتل فله ضربه بما يقتله أو يقطع طرفه، وما أتلف منه فهو هدر لأنه تلف لدفع شره(٢) ...

ومن قصده رجل فى نفسه أو ماله أو أهله بغير حق، فله أن يدفعه بأيسر ما يندفع به، فإذا أمكنه الدفع بالصياح والاستغاثة لم يدفع باليد، وإن كان فى موضع لا يلحقه الغـوث دفعـه بـاليد، فإن لم يندفع باليد دفعه بالعصا، فإن لم يندفع بالعصا دفعه بالسلاح، فإن لم يندفع إلا بإتلاف عضو دفعه بإتلاف العضو، فإن لم يندفع إلا بالقتل دفعه بالقتل، وإن قدر على دفعه بالعصا فقطع عضوا أو قدر على دفعه بالقطع فقتله، وجب عليه الضمان(٣)، أى : العقاب لأنها جناية من غير حق فأشبه ما إذا جنى عليه مـن غير دفع، وإن قصده، ثم انصرف عنه لم يتعرض له، وإن ضربه فعطله لم يجز أن يضربه ضربة أخرى؛ لأن القصد كف أذاه(٤) ...

ومـن عض يد آخر ولم يمكنه تخليصها إلا بفك لحييه فك لحييه، وإن لم يندفع إلا بأكثر من هذا، فعله ولا مسئولية عليه ...

ومن أراد امرأة على نفسها فقتلته لتدفع عن نفسها، فلا شيء عليها. ومن قضاء عمـر رضى الله عنه فى هذا الباب، أن رجلا أضاف ناسا من هذيل فأراد امرأة على نفسها فرمته بحجر فقتلته، فقال عمر : "والله لا يودى أبدا".

وإذا صالت بهيمة على إنسان دفعها بالقدر الذى تندفع به، فإن لم تندفع إلا بالقتل قتلها، ولا مسئولية عليه من الناحيتين الجنائية والمدنية، إلا فى مذهب أبى حنيفة فإنه

---

(١) المغنى ج / ١٠ ص / ٣٥١ : ٣٥٢ ...

(٢) المرجع السابق نفسه...

(٣) يعبر الفقهاء كثيرا عن الجزاء بالضمان، والضمان قد يكون عقوبة بدنية وقد يكون عقوبة مالية .

(٤) المهذب ج/٢ ص/٢٤١ ...

﴿عوده﴾ يسأل مدنيا فقط؛ لأن الدفع كان على أساس حالة الضرورة، وحالة الضرورة ترفع المسئولية الجنائية ولا ترفع المسئولية المدنية ...

وإذا اطلع رجل على بيت إنسان من ثقب أو شق باب أو نحوه، فله أن ينهاه فإن لم ينـته جـاز له أن يدفعه بأيسر ما يندفع به، فإن لم يندفع إلا بفقء عينه ففقأها فلا مسئولية عليه. وهذا رأى مجمع عليه فى مذهب الشافعى ومذهب أحمد[1]، وحجتهما حديث الرسول ﷺ : "لو أن امرأ اطلع عليك بغير إذن فحذفته بحصاة ففقأت عينه لم يكـن عليك جناح". وحديث الرسول المروى عن سهل بن سعد أن رجلا اطلع فى جحر من باب النبى ﷺ، وكان الرسول يحك رأسه بمدرى فى يده فقال الرسول: "لو علمت أنك تنظر لطعنت به فى عينك، إنما جعل الاستئذان من أجل البصر" .

وفضـلا عـن الحديثين، فإن هذا الرأى تطبيق لقواعد الدفاع. وعلى هذا الرأى الأقلية فى مذهبى مالك وأبى حنيفة. أما الغالبية فترى أن المدافع ليس له أن يفقأ عين من يطلع من الخارج لمجرد النظر؛ لأنه لو نظر إنسان إلى عورة آخر بغير إذنه لم يستبح فـقء عيـنه، فالنظر إلى الإنسان فى بيته أولى ألاّ يستباح به الفقء. ويرى الحنفية أن الحديث قصد به المبالغة فى الزجر عن الاطلاع[2].

ويرى المالكية أن الرمى أبيح للتنبيه أو للمدافعة لا بقصد الإيذاء أو إصابة العين، فإذا قصد عينه فهى إصابة خطأ يسأل عنها بحسبانه مخطئا لا عامدا[3].

ويرى علاء الدين الكاسانى أن الأصل فى كل ما سبق هو أن من قصد قتل إنسان لا ينهدر دمه بمجرد هذا القصد، ولكن ينظر إن كان المشهور عليه (أى المصول عليه) يمكنه دفعه عن نفسه بدون القتل لا يباح له القتل، وإن كان لا يمكنه الدفع إلا بالقتل يـباح القتل؛ لأنه من ضرورات الدفع، فإن شهر عليه سيفه يباح له أن يقتله؛ لأنه لا يقدر على الدفع إلا بالقتل. ألا ترى أنه لو استغاث الناس يقتله قبل أن يلحقه الغوث،

---

(١) المغنى الجزء العاشر ص / ٢٥٥، المهذب الجزء الثانى ص ٢٤٣ ...

(٢) حاشية ابن عابدين الجزء العاشر ص/٢٥٥، المهذب الجزء الخامس ص٤٨٥ ...

(٣) مواهب الجليل الجزء السادس ص ٣٢٢ : ٣٢٣ ...

<عوده> إذ السلاح لا يلبث، فكان القتل من ضرورات الدفع فيباح قتله، فإذا قتله فقد قتل شخصا مباح الدم فلا شيء عليه[١].

ولا حرج على المصول عليه إذا تعذر بدر (مبادرة) الصائل بالدفع ولم ينتظر حتى يقع عليه الاعتداء ما دامت حالة الصائل تدل على قصده الاعتداء، وإذا كان الصائل يندفع بالعصا فلم يجد إلا سيفا أو سكينا فلا حرج عليه أن يدفعه بأيهما إذ لا يمكنه الدفع إلا به، ولا يمكن نسبته إلى التقصير بترك استصحاب عصا[٢]...

وليس للمصول عليه أن يقصد قتل الصائل أو جرحه ابتداء إذا علم أنه لا يندفع إلا بذلك، وأن القتل أو الجرح هو القوة اللازمة لدفعه[٣]. والمقياس الصحيح للقوة اللازمة لدفع الاعتداء هو ظن المدافع المبنى على أسباب معقولة، فبهذا المقياس تقاس القوة اللازمة لدفع الاعتداء ولا تقاس بالضرر الحقيقى الذى وقع أو الضرر الذى كان الصائل ينتوى أن يحدثه. فللمصول عليه إذن أن يدفع الصائل بأيسر ما يغلب على ظنه أن الصائل يندفع به بشرط أن يكون ظن المصول عليه قائما على أسباب معقولة.. ويراعى أن الأمر قد يخرج عن حد الضبط عند الالتحام سيما إذا كان الصائلون جماعة؛ لأن دفع أحدهم بأيسر ما يندفع به قد لا يندفع به الآخر، وقد يؤدى إلى إهلاك المصول عليه[٤]، ومن ثم يرجع فى تقديره القوة الملائمة لظروف كل واقعة ...

٣٣٦ـ *تجاوز حد الدفاع* : إذا استعمل المدافع قوة أكثر مما تقضى الضرورة لدفع الاعتداء، فهو مسئول عن فعله الذى تعدى به حد الدفاع المشروع، فإذا كان الصائل يندفع بالتهديد فضربه فهو مسئول عن الضرب، وإن كان يندفع بالضرب باليد فجرحه فهو مسئول عن الجرح، وإن كان يندفع بالجرح فقتله فهو مسئول عن القتل، وإن هرب الصائل بعد أن جرحه فاتبعه المدافع وجرحه مرة ثانية فهو مسئول عن الجرح الثانى، وإن عطل مقاومته ثم قطع بعد ذلك يده أو رجله أو قتله فهو مسئول عما فعله بعد تعطيل المقاومة. وهكذا، يسأل المصول عليه عن كل فعل لم يكن لازما لدفع الاعتداء.

---

(١) بدائع الصنائع ج / ٧ ص/ ٩٣ ...

(٢) أسنى المطالب الجزء الرابع ص/ ١٦٧ ...

(٣) شرح الزرقانى حاشية البنانى الجزء الثامن ص/١١٨ ...

(٤) تحفة المحتاج ج٤ ص/١٦ ...

〈عوده〉 وبـين الاعتداء والدفاع ارتباط وثيق؛ لأن الدفاع يتولد عن الاعتداء. فإذا بدأ الاعتداء بدأت حالة الدفاع، وإذا انتهى الاعتداء، فقد انتهت حالة الدفاع، ومن ثم لا يُعَـدُّ المصول عليه مدافعا إذا انتهى الاعتداء، ويسأل عن كل فعل يقع منه بعد انـتهاء الاعـتداء. ولكن لا يُعَدُّ الاعتداء منتهيا إذا هرب الصائل وأخذ معه المال المصـول عليه، فللمدافع أن يتتبعه حتى يسترد منه ما أخذه، وأن يستعمل معه القوة اللازمة فى استرداده، فإن لم يكن إلا القتل لإمكان استرداد المأخوذ قتله[١]...

والأصل فى أفعال الدفاع أنها مباحة ولا عقاب عليها، ولكنها إذا تعدت الصائل وأصابت غيره خطأ، فالفعل الذى وقع على الغير لا يُعَدُّ مباحا إذا أمكن نسبة الخطإ والإهمـال إلى المدافع. فمن أراد أن يضرب الصائل فأخطأه وأصاب غيره فجرحه أو قـتله فهو مسئول عن جرح هذا الغير أو قتله خطأ ولو أنه تعمد الفعل إذ الفعل فى ذاتـه مباح على الصائل، ولكنه وقع على الغير خطأ. وتشبه هذه الحالة ما إذا أراد إنسـان أن يصيد صيدا فأخطأه وأصاب شخصا، فالصيد فى ذاته عمل مباح ولكن الصائد يسأل عن إصابة الشخص خطأ ...

ونصب الحبالات والأشراك والفخاخ وراء الأبواب أو الأسوار أو فى الممرات بقصد قـتل المعتدين أو جرحهم جائز عند أبى حنيفة والشافعى وأحمد[٢]، وليس على صاحب المكـان مسئولية؛ لأنه من قبيل الدفاع؛ ولأن الداخل قتل نفسه بتعديه ودخوله مسكن غـيره دون حق. ولكن مالكا[٣] يرى مسئولية الفاعل إذا قصد بعمله إصابة الداخلين أو إهلاكهم، أما إن قصد سد حاجة من حاجات المسكن أو المكان فلا مسئولية عليه. ولعل رأى مـالك أقرب إلى الدقة فى تطبيق قواعد الدفاع؛ لأن الدفاع قائم على رد الاعتداء بأيسـر مـا يندفع به، وقد يندفع المعتدى بأيسر من الجرح أو القتل. وقد تعرض شراح القوانـين هـذه المسألة بالذات؛ فمنهم من رأى الفعل دفاعا، ومنهم من لم يره كذلك. وعرضـت قضـية من هذا النوع على المحاكم الفرنسية، فقضت ببراءة صاحب المسكن على اعتبار أن عمله طريقة من طرق الدفاع الشرعي[٤]...

---

(١) حاشية ابن عابدين ج/٥ ص/٢٧٤ ...

(٢) حاشية ابن عابدين ج/٥ ص/٥٢٤، تحفة المحتاج ج/٥٠، المغنى ج/٩ ص/٥٧١ ...

(٣) تبصرة الحكام ج/٢ ص/٢٩٦، مواهب الجليل ج/٦ ص/٢٤١ ...

(٤) القسم العام لأحمد بك صفوت ص/٢٢٤ ...

<عوده> ٣٣٧ـ *أيكون للصائل حق الدفاع ؟* : يصبح الصائل فى حالة دفاع إذا تعدى المصول عليه حدود الدفاع المشروع؛ لأن عمل المصول عليه يصبح حينذاك اعتداء، والدفاع يتولد عن الاعتداء. أما إذا بقى فعل المصول عليه فى حدود الدفاع، فلا يُعَدُّ الصائل إلا معتديا، وليس له أن يدعى بأنه كان يدفع عن نفسه. وإذا تجاور المصول عليه حد الدفاع عُدَّ عمله اعتداء، وكان للصائل أن يدفع عن نفسه هذا الاعتداء بأيسر ما يندفع به ...

٣٣٨ـ *حكم دفع الصائل*: من المتفق عليه بين الفقهاء أن أفعال الدفاع مباحة، فلا مسئولية على المدافع من الناحية الجنائية؛ لأن الفعل ليس جريمة ولامسئولية عليه من الناحية المدنية؛ لأنه أتى فعلا مباحا وأدى واجبا أو استعمل حقا قرره الشارع؛ وأداء الواجبات واستعمال الحقوق لا يترتب عليه أى مسئولية. أما إذا تعدى المدافع حدود الدفاع المشروع فعمله جريمة يسأل عنها من الناحيتين الجنائية والمدنية ...

وقد بينا من قبل أن أبا حنيفة يرى مسئولية المدافع مدنيا عن قتل الصبى والمجنون أو جرحهما أو قتل الحيوان أو جرحه، كما بينا أن أبا يوسف يخالفه ويرى المسئولية المدنية فقط فى حالة قتل الحيوان، وقلنا إن هذين الرأيين مخالفان لما يراه جمهور الفقهاء.

٣٣٩ـ *بين الشريعة والقانون* : هذا هو دفع الصائل فى الشريعة الإسلامية، وأحكام القوانين الوضعية وآراء شراحها لا تكاد تختلف اليوم شيئا عن أحكام الشريعة. وقد بينا الأساس الذى يقوم عليه الدفاع فى الشريعة وقارناه بالأسس التى قام عليها الدفاع فى القوانين ويقوم عليها اليوم.

أما شروط الدفاع فى الشريعة، فهى نفس الشروط فى القوانين الوضعية الحديثة، وعلى الأخص فى القانون المصرى والفرنسي. وآراء الشراح فى هرب المدافع لا تختلف عن آراء الفقهاء؛ فبعضهم يرى هرب المدافع وبعضهم لا يراه، وبعضهم يفرق بين الهرب المشين، والهرب غير المشين ويوجب الهرب إذا لم يكن شائنا. وحكم الدفاع فى الشريعة هو نفس حكمه فى القوانين الوضعية التى تجعل الفعل مباحا ولا ترتب مسئولية جنائية أو مدنية على المدافع إلا فى حالة تجاوز الدفاع ...

❁ 335 – 339 – شروط حق الدفاع الشرعي وتجاوزها :

الرأى الذى نسبه إلى الإمام مالك والشافعى وأحمد أشرنا فى البند السابق إلى أننا نرجحه على قول الإمامين أبي حنيفة وأبي يوسف.

وسنرى أن جميع الشروط التى عرضها هى شروط حالة الضرورة (بالإضافة إلى شرط العدوان على التفصيل الذى ذكرناه). وأهمية هذه الشروط ومقتضاها هو أن الضرورة تقدر بقدرها فلا يجوز دفع المعتدى إلا بالقدر اللازم للحماية من خطره؛ فلا يجوز أن يتحول الدفاع إلى انتقام أو عقاب، وكل تجاوز عن القدر الذى تستلزمه الضرورة تطبق عليه القواعد العامة ويؤاخذ عليه مرتكبه.

وجميع الشروط الأخرى تتفرع عن هذا المبدإ، فشرط الضرورة هو الذى يستلزم أن يكون الاعتداء أو الخطر حالا لأن عدم حلوله يفتح الباب لدفعه بغير طريق الجريمة، كما أنه يستلزم ألا يكون أمام المدافع وسيلة أخرى غير الجريمة التى ارتكبها. وكل هذه الشروط يجب توافرها فى ذهن المدافع وتقديره بناء على أسباب معقولة بمقياس مجتمعه وبيئته وظروفه، ولذلك فتقديرها أمر موضوعى، وقاضى الموضوع هو المختص بالحكم عما إذا كانت متوافرة أو أن الجانى قد تجاوزها..

وإذا رأى القاضى أن الجانى قد تجاوز حدود الشروط أو أحدها فإنه يلتزم بتطبيق العقوبة عليه طبقا للقواعد العامة. والأصل أن من بدأ بالعدوان لا يستطيع التمسك بحقه فى الدفاع الشرعى لمقاومة المدافع طالما كان فى حدود حقه فى الدفاع الشرعى بالشروط المشار إليها. لكن إذا تجاوز المدافع هذه الحدود فللآخر أن يَعُدَّه معتديا ويستعمل حقه فى دفع اعتدائه ومنعه.

* * *

لقد حرص على تأكيد أن كل ما توصلت له القوانين الوضعية المستوردة قد سبق إليه الفقه الإسلامي، حتى الخلافات بين الآراء فى كثير من المسائل لها نظير فى الآراء المتعدده فى أقوال فقهائنا ومن بينها مسألة الهرب من المعتدى – هل يُعَدّ المدافع قد تجاوز حدود حقه إذا كان باب الهرب مفتوحا أمامه، ومع ذلك تصدى لمقاومة المعتدى وأصابه فعلا ؟ ..

ويرى البعض أن القانون لا يمكن أن يلزم المعتدى عليه بالفرار أمام المعتدى إذا أبت عليه شجاعته ورجولته ذلك. وهذا هو الراجح.

المطلب الثاني
فى الدفاع الشرعى العام
أوالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر

(عوده) ٣٤٠ـ *مصدر إيجاب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر*: الأصل فى الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر قوله ﷻ: ﴿ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون﴾[آل عمران:١٠٤]، وقوله ﷻ : ﴿ليسوا سواء مِّن أهل الكتاب أمَّة قائمة يتلون آيات الله آناء الليل وهم يسجدون * يؤمنون بالله واليوم الآخر ويأمرون بالمعروف وينهَون عن المنكر ويسارعون فى الخيرات وأولئك من الصالحين﴾[آل عمران:١١٣،١١٤]، وقوله ﷻ: ﴿والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض يأمرون بالمعروف وينهَون عن المنكر ويقيمون الصلاة﴾ [التوبة:٧١]، وقوله ﷻ: ﴿لُعنَ الذين كفروا من بنى إسرائيل على لسان داود وعيسى بن مريم ذلك بما عصوا وكانوا يعتدون * كانوا لايتناهَون عن منكر فعلوه لبئس ما كانوا يفعلون﴾ [المائدة:٧٨، ٧٩]، وقوله ﷻ: ﴿كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر﴾ [آل عمران : ١١٠]، وقوله ﷻ :﴿الذين إن مَّكّناهم فى الأرض أقاموا الصلاة وآتوُا الزكاة وأمَروا بالمعروف ونَهوا عن المنكر﴾ [الحج:٤١]، وقوله ﷻ: ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾ [المائدة:٢]، وقوله ﷻ : ﴿لا خير فى كثير من نجواهم إلا من أمر بصدقة أو معروف أو إصلاح بين الناس ومن يفعل ذلك ابتغاء مرضاة الله فسوف نؤتيه أجرا عظيما﴾ [النساء:١١٤]، وقولهﷻ : ﴿وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تفيء إلى أمر الله﴾ [الحجرات:٩].

وقد تأكدت هذه المعانى جميعا بأحاديث الرسول ﷺ. ومنها أنه روى عن أبى بكر رضى الله عنه أنه قال فى خطبة خطبها: "أيها الناس إنكم تقرءون هذه الآية وتؤولونها على خلاف تأويلها: ﴿يأيها الذين آمنوا عليكم أنفسَكم لا يضركم من ضل إذا اهتديتم﴾ [المائدة:١٠٥]. وإنى سمعت رسول الله ﷺ يقول: "ما من قوم عملوا بالمعاصى وفيهم من يقدر أن ينكر عليهم فلم يفعل إلا يوشك الله أن يعمهم بعذاب من عنده"...

<عوده> وروى عن أبي ثعلبة الخشنى أنه سأل رسول الله ﷺ عن تفسير قوله ﷻ : ﴿لا يضركم من ضل إذا اهتديتم﴾، فقال: "يا أبا ثعلبة مر بالمعروف وانه عن المنكر، فإذا رأيـــت شـــحا مطاعا وهوى متبعا ودنيا مؤثرة وإعجاب كل ذى رأى برأيه، فعليك بنفسك ودع عنك العوام" ...

وقال ﷺ : "تأمرن بالمعروف ولتنهون عن المنكر أو ليسلطن الله عليكم شراركم ثم يدعو خياركم فلا يستجاب لهم" .

وقـــال: "ما أعمال البر عند الجهاد فى سبيل الله إلا كنفثة فى بحر لجي، وما جميع أعمـــال البر والجهاد فى سبيل الله عند الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر إلا كنفثة فى بحر لجي" .

وقال: "إياكم والجلوس على الطرقات. قالوا: ما لنا بد، إنما هى مجالسنا نتحدث فيها. قال : فإذا أبيتم إلا ذلك فأعطوا الطريق حقها. قالوا: وما حق الطريق؟ قال : غض البصر، وكف الأذى، ورد السلام، والأمر بالمعروف والنهى عن المنكر" .

وقال أبو عبيدة بن الجراح : قلت: يا رسول الله أى الشهداء أكرم على الله عز وجـــل؟ قال: "رجل قام إلى وال جائر فأمره بالمعروف ونهاه عن المنكر فقتله، فإن لم يقتله فإن القلم لا يجرى عليه بعد ذلك وإن عاش ما عاش" ...

وقـــال الحسن البصرى: قال رسول الله ﷺ : "أفضل شهداء أمتى رجل قام إلى إمام جائر فأمره بالمعروف ونهاه عن المنكر فقتله على ذلك، فذلك الشهيد منزلته فى الجنة بين حمزة وجعفر" ...

وقـــال عمر بن الخطاب رضى الله عنه: سمعت رسول الله ﷺ يقول: "بئس القوم قوم لا يأمرون بالقسط، وبئس القوم قوم لا يأمرون بالمعروف ولا ينهون عن المنكر".

وروى عن أبي سعيد الخدرى أن رسول الله قال: "من رأى منكم منكرا فاستطاع أن يغـــيره فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه، وذلك أضعف الإيمان" ...

❁ 340 – واجب وحق معا :

الآيات والأحاديث الكثيرة التى تفرض على الأمة والأفراد واجب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر تؤكد أهمية هذا المبدإ فى شريعتنا، وهو يميزها عن جميع الشرائع.

وقــد توسعنا فى هذا الموضوع فى دراستنا فى "فقه الشورى والاستشارة" حيث عَدَدْنَــاه أساس وجوب الشورى والتزام الجميع بقرارات الجماعة باعتبارها استعمالا منها لحقها وواجبها فى الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر أو قياما بهذا الواجب.

وقد أعجبنا ما قاله فقيهنا فى اعتبار الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر صورة من صــور الدفــاع الشرعى، الذى وصفه بأنه "عام"، أى أنه دفاع عن قيم المجتمع كله وأمنه وسلامته لا عن شخص المدافع ولا عن أى شخص آخر بعينه.

والمقصود من الدفاع عن المجتمع هو حماية نظامه والقيم والمبادئ السامية التى يعتز بها ويقوم عليها استقراره وتقدمه.

ونحــن نؤيد حرصه على أن الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر حق وواجب على الجماعــة وعــلى كــل فرد من أفرادها، لأن شريعتنا تخاطب الفرد والجماعة معا، والنصوص القرآنية والأحاديث التى أوردها تؤكد ذلك.

﴿عوده﴾ ٣٤١ـ *ماهية الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر*: المعروف هو كل قول أو فعل ينبغى قوله أو فعله طبقا لنصوص الشريعة الإسلامية ومبادئها العامة وروحها، كالتخلق بالأخلاق الفاضلة والعفو عند المقدرة، والإصلاح بين المتخاصمين وإيثار الآخرة على الدنيا، والإحسان إلى الفقراء والمساكين، وإقامة المعاهد والملاجئ والمستشفيات، ونصرة المظلوم، والتسوية بين الخصوم فى الحكم، والدعوة إلى الشورى، والخضوع لرأى الجماعة وتنفيذ مشيئتها، وصرف الأموال العامة فى مصارفها، إلى غير ذلك ...

والمنكر هو كل معصية حرمتها الشريعة، سواء وقعت من مكلف أو غير مكلف. فمن رأى صبيا أو مجنونا يشرب خمرا فعليه أن يمنعه ويريق خمره، ومن رأى مجنونا يزنى بمجنونة أو يأتى بهيمة فعليه أن يمنع ذلك. والمنع واجب سواء ارتكب المعصية فى سر أو فى علانية ...

ويعرف المنكر عند بعض الفقهاء بأنه كل محذور الوقوع فى الشرع(١). ويفضل هؤلاء الفقهاء التعبير بمحذور الوقوع على التعبير بالمعصية؛ لأن المنكر عندهم أعم من المعصية ولأنهم لا يَعُدُّون فعل الصبى والمجنون معصية؛ لأن الفعل فى رأيهم لا يكون معصية إلا إذا كان فاعله عاصيا؛ ولأن المعصية بلا عاص محال ...

والأمر بالمعروف قد يكون قولا محضا كالدعوة إلى التبرع للمنكوبين أو الانخراط فى سلك المجاهدين، وقد يكون الأمر بالمعروف عملا محضا كالتبرع بمبلغ من المال أو الانضمام إلى المجاهدين، وقد يجتمع القول والعمل كالدعوة إلى الجهاد والانخراط فى سلك المجاهدين، أو كالدعوة إلى إخراج الزكاة وإخراج الداعى لها فعلا ...

والنهى عن المنكر قد يكون قولا محضا كالنهى عن شرب الخمر، وقد يكون عملا محضا كإراقة الخمر أو منع شاربها بالقوة من شربها. وإذا كان النهى عن المنكر قولا، فهو النهى عن المنكر، وإذا كان عملا فهو تغيير المنكر ...

فالأمر بالمعروف إذن هو الترغيب فيما ينبغى عمله أو قوله طبقا للشريعة، والنهى عن المنكر هو الترغيب فى ترك ما ينبغى تركه أو تغيير ما ينبغى تركه طبقا للشريعة(٢) ...

---

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثانى ج/٧ ص ٣٥ ...

(٢) الفخر للرازى ج/ ٣ ص ٢٠ ...

341 – تحديد المعروف والمنكر:

صحيح أن المعروف هو ما تقرره الشريعة أو توجبه، والمنكر هو المعصية أو المحرم، ولكن نظرا لما أباحه الشرع من تعدد المذاهب واختلاف الآراء فى الفقه، فعلينا أن نعرف من له الحق فى تحديد الرأى أو اختيار المذهب الذى يلتزم به المجتمع فى مكان وزمان معين .

لو تركنا الأمر لكل فرد يختار ما يراه ويفرضه على الناس، لأصبح الأمر فوضى، ولأصبح مبدأ الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر سببا للمشاحنات والصراعات التى تخل بأمن الجماعة وسلامتها. لذلك، رأينا فى كتابنا "فقه الشورى" أن الجماعة وحدها هى التى يرجع إليها فى الاختيار بين الآراء المتعددة أو المتعارضة بشأن ما تَعُدُّه معروفا أو منكرا. فإذا كان لكل فرد حق الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، وأن يستعمل لسانه ويده فى ذلك عند الضرورة، فإن رأينا هو أن الجماعة وحدها هى التى لها الحق فى تحديد المعروف والمنكر بالشورى الحرة. ولهذا، عَدَدْنا هذا المبدأ مرتبطا بالشورى فى تنفيذه فى كتابنا المشار إليه.

فإذا كانت الجماعة تقر سلوكا معينا وتَعُدُّه مشروعا، ورأى أحد الأفراد أن هذا السلوك منكر مستندا فى ذلك إلى اجتهاده أو إلى رأى من الآراء المتعددة فى كتب التراث، فإننا نرى مع ذلك أنه لا يجوز له أن يدعى لنفسه الحق فى استعمال القوة أو العنف لمنع ما يَعُدُّه هو منكرا لكن الجماعة لا ترى ذلك، ولو كان رأيها خاطئا فى نظره.

إن تصحيح ما يراه الفرد خطأ مما تقره الجماعة ذاتها لا يكون بالأمر بالمعروف أو النهى عن المنكر باستعمال اليد أو القوة، بل سبيله الوحيد هو الدعوة والموعظة الحسنة حتى يستجيب الجمهور لرأيه إن كان هو الصواب حقا.

﴿عوده﴾ ٣٤٢ـ التكييف الشرعى للأمر بالمعروف والنهى عن المنكر: من المتفق عليه بين الفقهاء أن الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ليس حقا للأفراد يأتونه إن شاءوا ويتركونه إذا شاءوا، وليس مندوبا إليه يحسن بالأفراد إتيانه وعدم تركه، وإنما هو واجب على الأفراد ليس لهم أن يتخلوا عن أدائه، وفرض لا محيص لهم من القيام بأعبائه. وقد أوجبت الشريعة الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر لتقوم الجماعة على الخير، وينشأ الأفراد على الفضائل، وتقل المعاصى والجرائم. فالحكومة تأمر بالمعروف وتنهى عن المنكر، والجماعات تأمر بالمعروف وتنهى عن المنكر، والأفراد يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر، وبذلك يستقر أمر الخير والمعروف بين الجماعة، ويقضى على المنكر والفساد بتعاون الصغير والكبير والحاكم والمحكوم ...

والفقهاء – وإن كانوا قد اتفقوا على وجوب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر – إلا أنهم اختلفوا فى تحديد هذا الواجب من وجهين : الوجه الأول فى صفة الواجب، والوجه الثانى فيمن يلزمهم هذا الواجب ...

الاختلاف فى صفة الواجب : انقسم الفقهاء فريقين فى تحديد صفة الوجوب، فقال البعض إن الواجب فرض عين، أى : واجب محتم، وعلى كل مسلم أن يؤديه بنفسه على قدر استطاعته ولو كان هناك من هو أقدر منه على تأديته أو من هو على استعداد لتأديته، أو من هو متفرغ لتأديته. وهم يشبهونه بفريضة الحج فهى فرض عين، ولكن على المستطيع. وعندهم أن فريضة الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر آكد من فريضة الحج، ولم تشترط فيها الاستطاعة لأنها مستطاعة دائما. فالاستطاعة فى الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ممكنة لجميع الأفراد: فالجاهل يستطيع أن يأمر بالمعروف فيما هو ظاهر كأداء الصلاة والصوم، وأن ينهى عن المنكر فيما لا يخفى كالسرقة والزنا. والعالم يستطيع أن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر فيما هو ظاهر وفيما هو خفي. ويرى أصحاب هذا الرأى أن فى جعل الواجب فرض عين حفاظا للأمة وحرزا لها من الفساد والتحلل[1] ...

ورأى الفريق الآخر، وهم جمهرة الفقهاء، أن الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر من فروض الكفايات كالجهاد، فهو واجب حتم على كل مسلم، ولكن هذا الواجب

(١) تفسير المنار ج/٤ ص/٣٤، ٣٥، أحكام القرآن للجصاص ج/٢ ص/٢٩ ...

<عوده> يسقط عن الفرد إذا أداه عنه غيره[1]. ويستدلون على ذلك بقوله ﷻ: ﴿ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون﴾[آل عمران:١٠٤]. وعندهم أن من[2] للتبعيض وأن الله ﷻ قال: ﴿ولتكن منكم أمة﴾ ولم يقل كونوا كلكم آمرين بالمعروف، فإذا قام به واحد أو جماعة سقط الحرج عن الآخرين. فهو فرض لأن الله أوجبه بقوله ﷻ: ﴿ولتكن﴾ وهو فرض كفاية لأنه واجب على البعض لا على الكل[3] ...

الاختلاف فيمن يلزمهم الواجب: يرى جمهرة الفقهاء أن الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر واجب على كل أفراد الأمة لقوله ﷻ: ﴿كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر﴾[آل عمران:١١٠]. ويرى بعض الفقهاء أن واجب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر لا يقع إلا على عاتق القادرين على أدائه وهم علماء الأمة دون غيرهم. وحجتهم أن الجاهل ربما نهى عن معروف وأمر بمنكر، وقد يغلظ فى موضع يستوجب اللين، ويلين فى موضع الغلظة، وينكر على من لا يزيده الإنكار إلا تماديا وإصرارا، وأنه ربما عرف الحكم فى مذهب وجهله فى مذهب آخر. وأصحاب هذا الرأى من القائلين بأنه فرض كفاية، وعندهم أنه ما دام الواجب على الكفاية، فإنه يسقط عن البعض إذا قام به البعض الآخر، وهذا يتفق تماما مع تخصيص العلماء بهذا الواجب[4].

ويرد على هؤلاء بأن الواجب لا يسقط بتحميله للبعض دون البعض، وإنما يسقط بالأداء. فإذا لم يقم به العلماء فهو فرض على غيرهم. وفضلا عن ذلك، فإن طبيعة الواجب على الكفاية تقتضى أن يلتزم به الكل، ويظلوا مسئولين عنه حتى يؤديه بعضهم فيسقط عن الباقين بالأداء. ثم إن وضع واجب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر على عاتق الجاهل لن يؤدى إلى الأضرار التى يتوقعونها؛ لأن الجاهل بطبيعة الحال لا يأمر ولا ينهى إلا فيما هو ظاهر لا خلاف عليه كأداء الصلاة والنهى عن السرقة والزنا ...

---

(١) الفخر الرازى ج/٣ ص/١٩، الكشاف للزمخشرى ج/١ ص/٣١٩، أحكام القرآن لابن العربى ج/١ ص/١٢٨، أحكام القرآن للقرطبى ج/٤ ص/١٦٥، أحكام القرآن للجصاص ج/٢ ص/٢٩، أسنى المطالب ج/٤ ص/١٧٩، مواهب الجليل ج/٣ ص/٣٤٨ ...

(٢) يرى الفريق الأول أن من للبيان وليس للتبعيض ...

(٣) إحياء علوم الدين المجلد الثانى ج/٧ ص/٥ ...

(٤) الفخر للرازى ج/٣ ص/٢٠، الكشاف للزمخشرى ج/١ ص/٣١٨، مجموعة الرسائل الحسبية لابن تيمية ص/٣٢ : ٦٦ .

342 – نوع الحق والواجب:

المبدأ الذى قررناه بأن الشورى هى السبيل الشرعى الوحيد فى تحديد ما هو المعروف والمنكر، معناه أن يشترك جميع أفراد المجتمع بحرية كاملة فى الحوار والاختيار بالشورى الحرة لتحديد ما هو المعروف والمنكر. فالقرار يكون للجمهور، أى الأغلبية. فلا يجوز أن يدعى شخص أو مجموعة أو أقلية من الناس أن لهم وحدهم هذا الحق. أما استعمال هذا الحق أو أداء هذا الواجب، فالراجح أنه من فروض الكفاية. أى أنه إذا قام به فرد أو جماعة، فإنه يسقط عن الأمة أو الجماعة كلها. أما إذا لم يقم به أحد فإن الجماعة كلها آثمة، والإثم يكون مشتركا وعاما، وهذا هو ما حذر منه الحديث الشريف بقوله: "لتأمرن بالمعروف وتنهون عن المنكر أو ليسلطن عليكم شراركم ثم يدعو خياركم فلا يستجاب لهم".

وأصرح من ذلك قول رسولنا الكريم: "ما من قوم عملوا بالمعاصى وفيهم من يقدر أن ينكر عليهم فلم يفعل إلا يوشك أن يعمهم الله بعذاب من عنده" .

ومع وجوب هذه الفريضة، فإن الإنسان الفرد لا يلتزم بأدائها إلا فى حدود قدرته واستطاعته، لذلك فإنه يفهم من الآية الكريم: ﴿ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر﴾ [آل عمران:104]، أن الجماعة من واجبها أن يكون بها مؤسسة قادرة على أداء هذا الواجب، وعلى نصرة الفرد الذى يتصدى له إذا استعان بها. لكن إنشاء مثل هذه المؤسسة يكون بالشورى الحرة. ونرى أنها يجب أن تكون مستقلة عن القائمين بالسلطة التنفيذية لكى يكون لها الحق فى أن تأمرهم وتنهاهم كما تأمر غيرهم من الأفراد .

لهذا السبب، فإننا نرى أن ما يدعيه بعض أصحاب السلطة وفقهاء السلاطين من أنهم ينشئون مؤسسة حكومية تحتكر الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر وينكرون على الأفراد هذا الحق؛ رأى لا نقره وهو شرعا غير جائز؛ لأنها بذلك ستكون أداة أخرى من أدوات السلطة، ولا تستطيع مراقبة من يتولون الأمر ويمارسون السلطة – مع أن هذا المبدأ بنص الأحاديث الواردة، قصد به أولا كبح جماح من يسيئون استعمال السلطة أو يسيئون التصرف فى أموال الجماعة وحقوقها .

ومـــا قـــرره فى نهاية البنود من أن الفرد لا يأمر ولا ينهى إلا فيما هو ظاهر لا خـــلاف عـــليه، يؤيـــد ما قلناه فى البند السابق من أن تحديد المعروف والمنكر عند الاختلاف هو للجماعة لا للفرد .

لكن إشارته إلى الفرد "الجاهل" لا تعنى أن العالِم له الحق فى أن يشذ عن الشورى أو يـــنفرد بالرأى؛ فالأمر شورى والشورى الحرة شاملة للجميع. وإذا كان العالم أقدر على استيعاب النصوص والأحكام، فإن بعض العلماء لا يتنزهون عن الأهواء وخاصة منهم من يعملون لحساب ذوى السلطان الذين يسموهم "فقهاء السلاطين" ..

وهـــذا الـــتحيز الظاهر فى نظرنا يدخل فى باب الفسق الذى يرى الفقهاء أنه يحرم الشـــخص ولو كان عالما من ادعاء الحق فى الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر كما هو واضح فى البند التالى.

عوده ٣٤٣ـ الشروط الواجب توافرها فى الآمر بمعروف والناهى عن منكر: رأينا فيما سبق أن جمهرة الفقهاء توجب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر على أفراد الأمة كافة لا على فئة معينة منها. ولكنهم مع ذلك يشترطون شروطا خاصة فيمن يأمر بالمعروف أو ينهى عن المنكر، وبعض هذه الشروط يرجع إلى طبيعة الواجب، وإلى مبادئ الشريعة العامة، وبعضها متفق عليه، وبعضها مختلف فيه، وهى جميعا لا تخرج عن خمسة شروط :

– الشرط الأول ... التكليف : يشترط فيمن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر أن يكون مكلفا أى مدركا مختارا. وهذا الشرط لازم إذا نظر إلى وجوب الأمر والنهي؛ لأن ترك القيام بالواجب يؤدى إلى مسئولية التارك، ولا مسئولية على غير مكلف طبقا لقواعد الشريعة العامة. وعلى هذا، فالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر بحُسبانه واجبا لا يجب إلا على مكلف ...

وعَدُّ الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر واجبا لا يمنع غير المكلف من الأمر والنهى بحُسبانهما قربة من القربات[1]، لأن غير المكلف أهل للقربات، وله أن يأتى القربات ولو أنها لا تجب عليه، ولا يجوز منعه من إتيانها، ولكن له هو إن شاء أن يمتنع من نفسه عن إتيانها، كصلاة الصغير وصومه، فإن الصلاة لا تجب عليه، وكذلك الصوم فإذا أتى أحدهما كان عمله قربة، ولم يجز لأحد أن يمنعه من الصلاة أو الصوم، لكن إذا شاء الصغير أن يمتنع فلا إثم عليه فى الامتناع. وعلى هذا، فإن الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر إذا لم يكن واجبا على غير المكلف فهو حق له يأتيه إن شاء ويتركه إن شاء. فالصبى المراهق للبلوغ له وإن لم يكن مكلفا إنكار المنكر، وله أن يريق الخمر ويكسر أدوات الملاهي، وإذا فعل ذلك نال به ثوابا، ولم يكن لأحد منعه على اعتبار أنه غير مكلف به ...

الشرط الثانى ... وهو الإيمان : يشترط فيمن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر أن يكون مؤمنا بالدين الإسلامي، فالمسلم وحده هو الذى يقع على عاتقه واجب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، أما غير المسلم فلا يلتزم بهذا الواجب[2] ...

---

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثانى ج / ٧ ص / ١٤ ...

(٢) إحياء علوم الدين المجلد الثانى ج / ٧ ص / ١٥ ...

<عوده> وقد روعى فى اشتراط هذا الشرط ترك الحرية التامة لغير المسلم فى أن يعتقد ما يشاء وحمايته من الإكراه على اعتناق ما يخالف عقيدته. فالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر يدخل فيه الأمر بكل ما أوجبت الشريعة عمله أو حببت للناس فعله من صلاة وصيام وحج وتوحيد وغير ذلك. والنهى عن المنكر يدخل فيه النهى عن كل ما خالف الشريعة من أفعال وعقائد، فيدخل فيه النهى عن التثليث وعن القول بصلب المسيح وقتله، ويدخل فيه النهى عن الترهب وعن شرب الخمر وعن أكل لحم الخنزير، وغير ذلك مما تخالف فيه الشريعة الإسلامية الأديان الأخرى. فلو ألزم غير المسلم بواجب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر لألزم بأن يقول بما يقول به المسلم، وبأن يعتقد ما يعتقده المسلم، ولألزم بأن يبطل عقيدته الدينية ويظهر عقيدة الإسلام، وهذا هو الإكراه فى الدين الذى تحرمه الشريعة الإسلامية فى قوله ﷻ: ﴿لا إكراه فى الدين﴾ [البقرة:٢٥٦]. فمن أجل حماية حرية العقيدة جعل هذا الواجب على المسلم دون غيره ...

الشرط الثالث ... وهو القدرة : ويشترط فى الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر أن يكون قادرا على الأمر والنهى وتغيير المنكر، فإن كان عاجزا فلا وجوب عليه إلا بقلبه، أى : عليه أن يكره المعاصى وينكرها ويقاطع فاعليها ...

وسقوط الواجب لا يترتب على العجز الحسى وحده، بل يلحق بالعجز الحسى خوف الآمر والناهى من أن يصيبه مكروه، أو أن يؤدى نهى الناهى إلى منكر شر من المنكر الذى نهى عنه، ففى هذين الحالين يسقط الواجب أيضا. فمن علم أن أمره أو نهيه لن ينفع وأنه سيضرب إذا تكلم لم يجب عليه أمر أو نهي، وعليه فقط أن يكره المعصية وينكرها بقلبه ويقاطع فاعليها وألاّ يحضر مواضع المعاصى والمناكر. ومن علم أن نهيه إذا نهى عن منكر سيؤدى إلى إزالته أو إلى أن يزول ويخلفه ما هو أقل منه رتبة فقد وجب عليه النهى عن المنكر، وإذا علم أن النهى عن المنكر سيؤدى إلى منكر آخر فى درجته فهو بالخيار إن شاء منع المنكر ونهى عنه، وإن شاء تركه بحسب ما يؤديه إليه اجتهاده. أما إذا علم أن إزالة المنكر ستؤدى إلى ما هو أشر منه فقد سقط عنه الواجب، بل حرم عليه النهي. ومن الأمثلة على ذلك أن يجد مع شخص شرابا حلالا نجس بسبب وقوع نجاسة فيه ويعلم أنه لو أراقه لشرب صاحبه الخمر فلا معنى لإراقته. ومثل ذلك ما حدث من ابن تيمية، فقد مر هو وبعض أصحابه فى زمن التتار

﴿عوده﴾ بقـــوم منهم يشربون الخمر، فأنكر عليهم أصحاب ابن تيمية شرب الخمر، ولكن ابن تيمية أنكر على أصحابه قولهم. إنما حرم الله الخمر؛ لأنها تصد عن ذكر الله وعن الصلاة، وهؤلاء تصدهم الخمر عن قتل النفوس وسبى الذرية، وأخذ الأموال، فدعوهم وخمرهم[1] ...

ومـــن علم أن أمره أو نهيه لا يفيد ولكنه لم يخف مكروها، فلا يجب عليه الأمر والـــنهي[2] لعدم فائدتهما، ولكن يستحب له أن يأمر وينهى لإظهار شعائر الإسلام وتذكير الناس بأمر الدين[3] ...

ومن استطا ع أن يبطل المنكر بفعله، ولكنه يعلم أنه يصاب بمكروه بسبب تعرضه لإبطـــال المـــنكر، فلا يجب عليه إبطال المنكر، ولكن يستحب له أن يبطله[4]، كمن يقـــدر عـــلى إراقة الخمر أو تكسير أدوات اللهو، ولكنه يعلم أنه سيضرب إن فعل هذا، فلا يجب عليه إبطال المنكر، وإنما يستحب له أن يبطله لا بِعَدِّه واجبا، بل بِعَدِّه قربة من القربات ...

ويـــلحق بالعجز الحسى العجز العلمي، فالعامى لا يجب عليه الأمر والنهى إلا فى الجـــليات المعلومة كشرب الخمر والزنا والسرقة وترك الصلاة، وفيما عدا الجليات المعلومة لا يجب عليه أمر ولا نهي؛ لأنه يعجز عن فهم حقائقها ومعرفة فقهها ولو سمح له بالخوض فيها لكان ما يفسده أكثر مما يصلحه[5] ...

ولا يشترط فى إسقاط الواجب بالعجز وما يلحق به أن يكون العجز وما فى حكمه معلوما علما محققا، بل يكفى فيه الظن الغالب؛ لأن للظن الغالب فى هذه الحالات معنى العـــلم وحكمه. فمن غلب على ظنه أن إنكاره لا يفيد لم يجب عليه إنكار، ومن غلب

---

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثانى ج/٧ ص/٢٦ ومابعدها، أعلام الموقعين الجزء الثالث ص/٢٨، مجموعة الرسائل الحسية ص/٦٧، ٦٨ ...

(٢) إحياء علوم الدين المجلد الثانى الجزء السابع ص/٢٦ ...

(٣) يرى البعض أن الواجب لا يسقط فى هذه الحالة، راجع أسنى المطالب الجزء الرابع ص/١٨٠ .

(٤) إحياء علوم الدين المجلد الثانى الجزء السابع ص / ٢٦ ...

(٥) إحياء علوم الدين المجلد الثانى الجزء الخامس ص/ ٢٨، تفسير المنار الجزء الرابع ص/٣٤ ...

﴿عوده﴾ علـى ظنه أنه يصاب بمكروه لم يجب عليه، وإن غلب على ظنه أنه لا يصاب وجب عليه، أما إذا شك فيه من غير رجحان، فإن الشك لا يسقط الوجوب[1] ...

الشرط الرابع وهو العدالة : يشترط بعض الفقهاء هذا الشرط، فيرون أن الآمر بالمعروف والناهى عن المنكر لا يصح أن يكون فاسقا، ويحتجون بقوله ﷻ :﴿أتأمرون الـناس بالبر وتنسون أنفسكم﴾ [البقرة : ٤٤]. وبقوله ﷻ : ﴿يأيها الذين آمنوا لم تقولون مالا تفعلون * كبر مقتا عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون﴾ [الصف :٢، ٣]. وعندهم أن هداية الغير فرع للاهتداء، وتقويم الغير فرع للاستقامة، وأن العاجز عن إصلاح نفسه أشد عجزا عن إصلاح غيره ...

ولكن الرأى الراجح لدى الفقهاء : أن للفاسق أن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر، وأنه لا يشترط فى الآمر أو الناهى أن يكون معصوما عن المعاصى كلها؛ لأن فى اشتراط هذا الشرط سد لباب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، ولهذا قال سعيد بن جبير: "إن لم يأمر بالمعروف ولم ينه عن المنكر إلا من لا يكون فيه شيء لم يأمر أحد بشيء".

والأصل أن الفاسق يفسق بإتيانه المعاصي، أي: بإتيانه المحرمات وترك الواجبات، فإذا حـرم على الفاسق أن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر كان معنى ذلك أن ترك الواجب يسقط غيره من الواجبات، وأن الواجب يصير حراما بارتكاب حرام آخر.

وليـس فى الآيـتين اللـتين استدل بهما الفريق الأول ما يمنع الفاسق من الأمر بالمعـروف والـنهى عن المنكر، وإنما جاءتا بالنعى على من يأمر بالمعروف ولا يأتيه وينهى عن المنكر ويأتيه ، والمقصود منهما أن يجعل الإنسان فعله مصدقا لقوله ليكون لقوله أثره ونتيجته المرجوة[2] ...

الشرط الخامس وهو الإذن : ويشترط بعض الفقهاء فيمن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر أن يأذن له الإمام أو الحاكم بذلك، وحجتهم أن الإمام أو الحاكم يستطيع اختيار من يحسن القيام بهذه الوظيفة، وإن تركها إلى الأفراد دون قيد ولا شرط يؤدى إلى الفساد والفتن. ولكن جمهرة الفقهاء على خلاف هذا الرأي، ولا يشترطون للأمر بالمعروف والنهى عن المنكر إذن شخص أو هيئة ما، ويرون أن تخصيص أناس من قبل

---

(١) إحياء علوم الدين الجزء الخامس ص / ٢٨، ٢٩ ...

(٢) إحياء علوم الدين المجلد الثانى الجزء الخامس ص/١٥ : ١٧، اكتشاف الجزء الأول ص/ ٣١٩، أحكام القرآن للجصاص ص/٣٣ الجزء الثانى ...

﴿عوده﴾ الإمام لأداء هذه الوظيفة لا يمنع غيرهم من القيام بها، وحجتهم أن النصوص الــواردة فى الأمــر بالمعــروف والنهى عن المنكر خاصة توجب على كل فرد الأمر بالمعــروف والنهى عن المنكر، وتجعل كل من رأى منكرا فسكت عليه عاصيا وتضع عــلى عاتقــه أن ينهى عنه أينما رآه وكيفما رآه. فالتخصيص بشرط التفويض من الإمام تحكم لا أصل له. وفضلا عن ذلك، فإن الإمام والحاكم ممن يوجه إليهم الأمر بالمعــروف والنهى عن المنكر، وإذا كان من الواجب أمر الإمام بالمعروف ونهيه عن المنكر فكيف يحتاج فى إذنه لتأدية الواجب ؟!...

والرأى الأخير هو الرأى الذى جرى عليه العمل فى كل العهود حتى فى الأوقات التى خصص فيها الخلفاء والولاة رجالا معينين للأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، فإن هــذا التخصيص لم يمنع أى فرد من أفراد الأمة عن القيام بهذا الواجب. بل لقد كان بعــض الأفراد يتصدون إلى الولاة والخلفاء فيأمرونهم بالمعروف وينهونهم عن المنكر، ويتصــدون لتغيير المنكر بأيديهم فلا يستطيع الخلفاء والولاة أن يقولوا لمن فعل شيئا من ذلك إنك مخطئ[1] ...

والذيــن يشــترطون إذن الإمام يقصدون من هذا الشرط تنظيم الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، ولا يقصدون تحريمها على من لم يؤذن له. فمن لم يؤذن له إذا وجد جماعة يشربون خمرا فكسر دنانهم وأراق خمرهم، أو وجد رجلا يزنى ولم يستطع منعه إلا بقتله فقتله، لا يُعَدُّ أنه ارتكب جريمة الإتلاف أو جريمة القتل؛ لأن الفعلين مباحان له بنصوص الشريعة الصريحة، وإنما يعاقب على مخالفته أمر الإمام أو استخفافه بأوامر السلطة التنفيذية...

---

(١) تفسير المنار ج/٤ ص/٣٣ وما بعدها، إحياء علوم الدين المجلد الثانى ج/٧ ص/١٩ ومابعدها، احكام القرآن للجصاص ج/٢ ص/٣٣، البحر الرائق ج/٥ ص/٤٥، أسنى المطالب ج/٤ ص/١٧٩ ومابعدها، مواهب الجليل ج/٣ ص/٣٤٨، الكشاف ج/١ ص/٣١٩ ...

343 – الأهلية لأداء هذا الواجب :

الشروط التى ذكرها هى ما استقر عليه الفقه فى عمومه، ومع ذلك فهناك مسائل تحتاج إلى ترجيح وتوضيح. فتعليله لحرمان غير المسلم من هذا الحق بأن ذلك قد يتعارض مع عقيدته يجعلنا نقترح أن تكون مباشرته لهذا الواجب فى حدود ما لا مجال للخلاف فيه بسبب العقيدة. فهناك مجال مشترك لجميع العقائد فى تحريم الظلم والبغى والعدوان، فمن حق غير المسلم وواجبه أن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر فى هذا المجال، فلا يحرم من حقه فى الاعتراض على من يرتكب سرقة أو ظلما أو عدوانا ..

هذا هو رأينا – فالإيمان فى نظرنا ليس شرطا من شروط الأهلية فى الفرد الذى يمارس الحق، وإنما هو شرط فى الجماعة التى تحدد ما هو المعروف والمنكر؛ فمتى استقر جمهورها (المؤمن) على تحديد ما هو المنكر، فإن لكل فرد ينتمى إليها أن يمارس حقه فى هذا النطاق. ولا يجوز للمواطن غير المسلم أن يفرض رأيا مخالفا لذلك بحجة أن عقيدته تفرض عليه ذلك، لأن المسلم أيضا ملتزم برأى الجماعة أى جمهورها وأغلبيتها فى تعريف المنكر كما قدمنا من قبل .

والشرط الثالث له أهمية خاصة – وإن كان يتجاوز نطاق الأهلية أو الصلاحية – وهو خاص بحدود ما يجوز القيام به لمنع المنكر، لأن الفقه مستقر على أنه لا يجوز ارتكاب منكر بحجة الأمر بالمعروف أو النهى عن المنكر ..

وما يسميه الشرط الخامس الذى ينسبه "لبعض الفقهاء" الذين يقولون بوجوب الحصول على إذن "الإمام" لا محل له فى نظرنا ولا أصل له، إلا إذا كان البعض يذهب إليه إرضاء لذوى السلطان وتقربا لهم ويساعدهم على حرمان الأفراد من الاعتراض على بغيهم وتجاوزهم لحدود السلطة أو إساءة استخدامها لمصالحهم الخاصة إلا إذا أذنوا له بذلك.

لقد قلنا إن تحديد المعروف والمنكر حق للجماعة وحدها بالشورى، فهى تعلن ما تراه معروفا أو منكرا، لكننا لا نوافق على إعطاء ذلك الحق لمن يغتصبون السلطة أو يستولون عليها بالغَلَب دون شورى حرة بحجة أنه يصف نفسه بأنه "ولى الأمر"، فهذه تسميه لا يصح إطلاقها فى فقهنا وشريعتنا إلا على من يتولون الأمر بالشورى الحرة ويكونون مختارين من الجماعة اختيارا حرا – ولذلك فإن الشيخ / محمد عبده يرى أن

❁ – ليس من حق المجتهد أن يلزم الناس برأيه – ومن باب أولى غير المجتهدين ممن يمارسون السلطة التنفيذية :

مـــبدأ الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر يوجب انتخاب مجلس نيابي يمثل الجماعة فى هذا المجال، وغيره من حقوقها وسلطاتها.

أكـــثر من ذلك، فإن من يختاره المسلمون لولاية السلطة التنفيذية لا يجوز له أن يـــتجاوز حدودهـــا ويدعـــى لنفسه الاجتهاد فى الشريعة وإلزام الناس بما يراه؛ لأن الاجتهاد له أصوله وقواعده، وهو من اختصاص أهل العلم والفكر المستقلين تماما عن الســـلاطين وأهوائهم. فقد سمعت بنفسى أحد الرؤساء يصعد المنبر ويقول : "إنه ولى الأمر وإنه رأى ألا داعى للصوم فى رمضان لأن ذلك يعطل "التنمية والاقتصاد"، وإن من حقه أن يأمرهم بعدم الصوم". وهذا تجاوز لحدود السلطة التنفيذية التى يدعى أن الشـــعب اخـــتاره لها بأغلبية ساحقة. لكن هذه الولاية التى يدعيها حتى ولو كانت صـــحيحة لا تجيـــز له الاجتهاد، الذى هو فى شريعتنا مهمة علمية يقوم بها المفكرون والفقهـــاء. بل وليس من حق أحد العلماء أو المجتهدين أن يفعل ما فعله هذا الرئيس بـــأن يصـــعد على المنبر ويعلن أنه يلزم الناس برأيه. بل إن آراء المجتهدين يجب أن تعـــرض على الناس فى صورة فتاوى ولأهل الشورى أو أهل الاجتهاد الممثلين للأمة وحدهـــم اخـــتيار هذا الرأى أو ذاك من الآراء الفقهية المتعددة الصادرة عن الأئمة والمجتهدين(1)، لا عن السلاطين أو الحكام أو الأمراء أو أمثالهم من الرؤساء وحتى لو كـــانوا مختارين لولاية الأمر التنفيذى .. لأن الأمر الذى اختيروا له هو تنفيذ أحكام الشريعة لا تعديلها ولا تعطيلها بحجة أن لهم حق الاجتهاد .. لأن شريعتنا لا تعترف بهذا الحق إلا لأهل الاجتهاد، وأكثر من ذلك لا تجيز شريعتنا لمن يجتهدون أن يلزموا الـــناس بـــآرائهم، لأن للأفراد والجماعات كامل الحرية فى اختيار المذهب أو الرأى الذى يقلدونه ويلتزمون به بمحض اختيارهم.

---

(1) ويروى عن الإمام / أبى حنيفة قوله المشهور: "علمنا هذا رأى، فمن جاءنا بأحسن منه قبلناه"، أى أن أى إمـــام مجـــتهد يقدم آراءه للناس ولا حق له فى إلزامهم برأيه، لأن لهم الحق فى الأخذ بآراء غيره. وهذه هى حرية "التقليد".

<عوده> ٣٤٤ ـ *شروط الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر*: ليس للأمر بالمعروف شروط خاصة ولا أوقات خاصة؛ لأن الأمر بالمعروف نصيحة وهداية وتعليم، وكل ذلك جائز فى كل وقت وفى كل مناسبة. أما النهى عن المنكر وتغييره فله شروط خاصة يجب توفرها لجواز النهى أو التغيير، وهذه الشروط هى :

(١) وجود منكر. (٢) وأن يكون موجودا فى الحال.

(٣) وأن يكون ظاهرا دون تجسس. (٤) وأن يدفع المنكر بأيسر ما يندفع به...

الشرط الأول : وجود منكر : يشترط لجواز النهى عن المنكر أو تغيير المنكر أن يكون هناك منكر. والمنكر هو كل معصية حرمتها الشريعة أو هو كل ماكان محذور الوقوع فى الشرع. ويستوى أن يكون فاعل المنكر مكلفا أو غير مكلف، فمن رأى صبيا أو مجنونا يشرب الخمر فعليه أن يريق خمره ويمنعه، وكذا إن رأى مجنونا يزنى بمجنونة أو يأتى بهيمة فعليه أن يمنعه. ولا فرق بين الصغيرة والكبيرة فى النهى عن المنكر أو تغيير المنكر، فكشف العورة فى الحمام والخلوة بالأجنبية، وإتباع النظر للنسوة الأجنبيات، كل ذلك منكر وإن كان من الصغائر ويجب النهى عنه ومنعه(١)..

ولكن يشترط فى المنكر أن يكون منكرا معلوما دون حاجة لاجتهاد، فكل ما هو محل للاجتهاد لا محل للنهى عنه أو تغييره. فليس للحنفى مثلا أن ينكر على شافعى أكله الضب والضبع، وليس للشافعى أن ينكر على حنفى نكاحا لا ولى فيه(٢) .

الشرط الثانى : أن يكون موجودا فى الحال : ويشترط فى المنكر أن يكون حالا بمعنى أن تكون المعصية راهنة وصاحبها مباشرا لها وقت النهى أو التغيير كشربه الخمر أو خلوته بأجنبية. فإذا فرغ من المعصية، فليس ثمة مكان للنهى عن المنكر أو تغييره، وإنما هناك محل للعقاب على المعصية والعقاب من حق السلطات العامة وليس للأفراد، فإذا اعترض شخص الجانى فجرحه أو آذاه أو شتمه فهو مرتكب لجريمة، أما إن فعل ذلك فى أثناء مباشرة المعصية وكان المنع عنها يقتضى هذا الفعل فهو ناه عن منكر أو مغير لمنكر ولا يُعَدّ فعله جريمة؛ لأن فعله أداء لواجب ...

---

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثانى ج / ٧ ص ٣٥، ٣٦...

(٢) المرجع السابق ص ٣٧، ٣٨ ، أسنى المطالب ج ٤ ص ١٨٠...

〈عوده〉 وإذا كانت المعصية متوقعة الحصول كمن يعد الموائد ويزين المجلس استعدادا لشرب الخمر فليس على مثل هذا من سبيل إلا بالوعظ والنصح، وما زاد على ذلك كالتعنيف والشتم والضرب فهو جريمة. بل إن الوعظ أو النصح لا يجوز إذا أنكر عزمه على الشرب؛ لأن فى الوعظ والنصح بعد إنكاره إساءة ظن بالمسلم .

الشرط الثالث : أن يكون ظاهرا دون تجسس أو تفتيش : يشترط للنهى عن المنكر أو تغييره أن يكون المنكر ظاهرا بغير تجسس أو تفتيش، فإذا توقف إظهار المنكر على التجسس أو التفتيش لم يجز إظهار المنكر؛ لأن الله حرم التجسس فى قوله: ﴿ولا تجسسوا﴾ [الحجرات:١٢]، ولأن للبيوت حرمة وللأشخاص حرمة لا يجوز انتهاكها قبل أن تظهر المعصية؛ ولأن الرسول ﷺ نهى عن تتبع عورات الناس، فقال لمعاوية: "إنك إن تتبعت عورات الناس أفسدتهم أو كدت تفسدهم" .

وقال عليه السلام: "يا معشر من آمن بلسانه ولم يدخل الإيمان قلبه لاتغتابوا المسلمين ولا تتبعوا عوراتهم، فإنه من يتبع عورة أخيه المسلم يتبع الله عورته، ومن يتبع الله عورته يفضحه ولو كان فى جوف بيته". وقد استقر الأمر فى الشريعة على هذا من أول يوم. ومما يذكر فى هذا الباب ما حدث من عمر رضى الله عنه، فقد تسلق دار رجل فوجده على معصية، فأنكر عليه. فقال: يا أمير المؤمنين إن كنت أنا قد عصيت الله من وجه واحد، فأنت قد عصيته من ثلاثة أوجه، فقال: وما هى؟ فقال: قد قال الله ﷻ : ﴿ولاتجسسوا﴾ ، وقد تجسست، وقال ﷻ : ﴿وأتو البيوت من أبوابها﴾ [البقرة:١٨٩]. وقد تسورت من السطح، وقال ﷻ : ﴿لاتدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها﴾[النور:٢٧]. وما سلمت، فتركه عمر وشرط عليه التوبة. وإذا كان عمر قد تركه فلم يعاقبه ولم يغير المنكر فذلك؛ لأن دخول المسكن هو الذى أظهر المنكر، وهو دخول بغير حق ومن غير وجهه. ومثل هذا ما رواه عبد الرحمن بن عوف قال : "خرجت مع عمر رضى الله عنه ليلة فى المدينة فبينما نحن نمشى إذ ظهر لنا سراج فانطلقنا نؤمه. فلما دنونا منه إذا باب مغلق على قوم لهم أصوات ولغط، فأخذ عمر بيدى وقال : أتدرى بيت من هذا ؟ قلت: لا. فقال: هذا بيت ربيعة بن أمية بن خلف وهم الآن شرب فما ترى؟ قال : أرى أنا قد أتينا ما نهانا الله عنه، قال الله ﷻ:﴿ولا تجسسوا﴾ فرجع عمر وتركهم".

﴿عوده﴾ وتحريم التجسس والتفتيش يترتب عليه أنه لا ينبغى لإنسان مثلا أن يسترق السمع على دار غيره ليسمع صوت الغناء والأوتار، ولا أن يستنشق ليدرك رائحة الخمر والحشيش، وليس لإنسان أن يتحسس ملابس شخص ليعرف ما يخفيه تحتها، ولا أن يدخل بيته ليعرف أى شيء يخفيه فيه، بل ليس له أن يستخبر من جيرانه ليخبروه بما يجرى فى داره[1] ...

لكن إذا غلب على الظن استسرار شخص بالمعاصى لأمارات دلت على ذلك أو لخبر يغلب على الظن صدقه كشم رائحة الحشيش خارجة من مسكن شخص، أو سماع صوت عيار أو استغاثة، أو أن يخبره من يثق بصدقه أن رجلا خلا بامرأة ليزنى بها أو برجل ليقتله، فيجوز فى مثل هذه الحالات التجسس والبحث والتفتيش، حذرا من فوات ما لا يستدرك من انتهاك المحارم وارتكاب المحظورات[2] ...

والأصل أن من أغلق باب داره وتستر بحيطانه فلا يجوز الدخول عليه بغير إذنه لتعرف المعصية والبحث عنها. لكن إذا أخبر ابتداء من غير استخبار شخصان أو شخص واحد على رأي[3] بأن فلانا يرتكب المعاصى فى بيته جاز دخول البيت دون إذن. كذلك يجوز الدخول دون إذن إذا ظهرت المعصية فى الدار ظهورا يعرفه من الخارج كظهور رائحة الخمر وأصوات السكارى[4]...

ودلالة الشكل كدلالة الرائحة والصوت، وما ظهرت دلالته فهو غير مستور، بل هو مكشوف. وقد أمرنا بأن نستر ما ستر الله وننكر على من أبدى لنا صفحته حيث يقول الرسول ﷺ : "من أتى شيئا من هذه القاذورات فليستتر بستر الله، فإنه من يبد لنا صفحته نقم حد الله تعالى عليه". والإبداء أى : إبداء الصفحة له درجات فتارة يبدو لنا بحاسة السمع وتارة بحاسة الشم وتارة بحاسة البصر وتارة بحاسة اللمس، ولا يمكن أن نخصص ذلك بحاسة البصر وحدها، إذ المراد العلم وغلبة الظن، وهذه الحواس تفيد العلم وغلبة الظن كما يفيدها البصر ...

---

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثانى ج/٥ ص / ٣٤ ...

(٢) الأحكام السلطانية ص / ٢١٨ ...

(٣) أسنى المطالب ج/٤ ص/١٨٠، الأحكام السلطانية ص / ٢١٨ ...

(٤) إحياء علوم الدين المجلد الثانى ج/٥ ص/ ٣٦، ٣٧، ٤٤...

⟨عوده⟩ الشـــرط الرابع : دفع المنكر بأيسر ما يندفع به. يشترط فى دفع المنكر أن يدفع بما يدفعه وبأيسر ما يدفعه، فلا يجوز أن يدفع بأقل مما يدفعه ما دام الدافع قادرا عـــلى دفعه بالأكثر، ولا يجوز أن يدفع بأكثر مما يدفعه؛ لأن ما زاد على الحاجة يُعَدُّ جـــريمة، ولكن يجوز دفع المنكر بأقل مما يدفعه فى حالة عدم القدرة. فإذا كان المنكر يدفـــع باليد ولم يكن الدافع قادرا على هذه الوسيلة دفعه بلسانه فإن لم يستطع دفعه بقلبه ...

ودفع المنكر بما يندفع به يقتضى أن تختلف وسائل دفع المنكر باختلاف نوع المنكر واختلاف حال فاعله؛ لأن ما يندفع به شخص قد لا يندفع به آخر، وما يصلح لدفع منكر لا يصلح لدفع منكر آخر ...

۞ 344 – النهي عن المنكر :

قـــد يصل النهى عن المنكر أو منعه إلى اتخاذه مبررا لارتكاب أعمال تُعَدُّ من قبيل التدخل فى سلوك الغير أو التعرض لحرياتهم، ولذلك وضعت له شروط تمنع من تجاوز حدود الضرورة أو ارتكاب منكر بحجة دفع منكر آخر.

وقـــد أشرنا من قبل إلى أن وصف المنكر فى الشئون الخلافية هو من حق جمهور الأمة، وليس للفرد أيا كان أن يدعى لنفسه الأمر بغير ما يراه عامة الناس لأن كلمة المنكر والمعروف تفيد توافق الناس على ذلك، وهذا هو ما عبر عنه فقيهنا بقوله: "إن المـــنكر لابـــد أن يكون معلوما لعامة الناس دون حاجة لاجتهاد من قبل الفرد الذى يريد منعه". كما أنه لا يجوز التجسس أو استراق السمع بحجة التنقيب عن المنكرات أو التفـــتيش عـــلى الناس، لأن الأصل أن هذه الأفعال منكرات ولا يجوز ارتكاب منكرات من قبل الفرد أو حتى من قبل السلطة العامة بحجة البحث عن منكرات أو منعها .. لأن ما يجيزه الشرع يجب أن يكون فى نطاق الأعمال المشروعة. ومن حسن الحظ أن فقهاءنا قد أوفوا هذه الناحية حقها من الشرح والتدليل.

وقـــد نقل المؤرخون وكتاب السير عن الفاروق أمير المؤمنين عمر بن الخطاب أنه اعترف بخطئه واعتذر عن اقتحامه منزلا لمنع منكر استدل عليه بأصوات استرقها فى أثناء سيره ليلا؛ واحتج من كانوا بالمنزل وأقنعوه بأنه لم يكن له حق فى انتهاك حرمة منزل مسكون بحجة منع منكر ...

﴿عوده﴾ ٣٤٥ ـ وسائل دفع المنكر: وقد حصر بعض الفقهاء(١) الوسائل الصالحة لدفع المنكر فى سبع وسائل وهى : التعريف، والنهى بالنصح والوعظ، والتعنيف، والتغيير باليد والتهديد بالضرب، والقتل، وإيقاع الضرب والقتل، والاستعانة بالغير.

التعريف : ويكون كلما أقدم الشخص على المنكر وهو يجهل أنه منكر، فالوسيلة الصالحة لدفع المنكر فى هذه الحالة هى تعريف فاعل المنكر أن فعله منكر، ويجب أن يكون تعريفه باللطف من غير عنف ؛ لأن فى التعريف نسبته إلى الجهل وهذا فى ذاته إيذاء له، ولكن لابد منه لدفع المنكر، فوجب أن يكون التعريف فى غاية اللطف حتى لا يكون إيذاء دون مبرر لأن إيذاء المسلم محرم ...

النهى بالوعظ والنصح : ويوجه إلى من يقدم على الأمر وهو عالم بكونه منكرا إذا غلب على الظن أنه يؤدى إلى ترك المنكر، كصاحب الغيبة الذى يعلم أنها محرمة ولكن يرجى أن يتركها لو وعظ ونصح، وينبغى أن يكون الناهى شفيقا لطيفا بعيدا عن العنف والغضب ...

التعنيف : ويكون عند العجز عن المنع باللطف، ويوجه إلى المصر المستهزئ بالوعظ والنصح. ويشترط فى التعنيف شرطان : أحدهما : ألا يقدم عليه إلا عند الضرورة والعجز عن اللطف، والثانى : ألا ينطق المعنف إلا بالصدق، ولا يسترسل فى التعنيف فيطلق لسانه بما لا يحتاج إليه، بل يقتصر على قدر الحاجة. وليس للمعنف أن يسب فاعل المنكر بما فيه كذب ولا أن يقذفه، وإنما يصح أن يخاطبه بما فيه مما لا يُعَدّ فحشا كقوله: يا فاسق، يا جاهل، يا أحمق، يا غبي. وما يجرى هذا المجرى؛ لأن كل عاص فاسق، والفاسق أحمق جاهل، ولولا حمقه وجهله ما عصى الله، وكل من ليس بكيس فهو أحمق، لقوله ﷺ : "الكيس من دان نفسه وعمل لما بعد الموت، والأحمق من أتبع نفسه هواها وتمنى على الله" ...

التغيير باليد : والمقصود بالتغيير هو ذات المنكر ككسر الملاهي، وإراقة الخمر، وخلع الحرير من رأس العاصى وعن بدنه، وإخراجه من الدار المغصوبة، وإزالة ما يضعه من المواد فى الطريق العام فيسده أو يضيقه إلى غير ذلك ...

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثانى ج / ٥ ص / ٤٥ وما بعدها...

﴿عوده﴾ والتغيير لا يكون إلا فى المعاصى التى تقبل بطبيعتها التغيير المادي، أما معاصى اللسان والقلب فليس فى الاستطاعة تغييرها ماديا، وكذلك كل معصية تقتصر على نفس العاصى وجوارحه الباطنة ...

ويشترط فى التغيير باليد ألا يباشر دافع المنكر التغيير بيده طالما استطاع أن يحمل فاعل المنكر على التغيير، فليس له أن يجر الغاصب من الدار المغصوبة إذا كان يستطيع تكليفه الخروج منها ماشيا. وليس له أن يريق الخمر بنفسه إذا استطاع أن يكلف شاربها أو محرزها بإراقتها ...

ويشترط فى التغيير أيضا أن يقتصر فيه على القدر المحتاج إليه، فليس لدافع المنكر أن يأخذ بلحية الغاصب أو رجله ليخرجه من الدار المغصوبة ما دام يستطيع أن يجذبه أو يجره إلى خارجها من يده. وليس له أن يحرق أدوات الملاهى ما دام يستطيع أن يكسرها ويعطلها عن العمل، وحد الكسر أن تتكلف من النفقات فى إصلاحها ما يساوى ثمن مثلها. وليس له أن يكسر أوانى الخمر إذا استطاع أن يريق الخمر دون كسر الأوانى ...

والأصل فيما سبق أن تغيير المنكر لا يقصد به إلا دفع المنكر، ولا يقصد منه عقوبة فاعل المنكر ولا زجر غيره. والزجر إنما يكون عن المستقبل، والعقوبة تكون على الماضي، والدفع على الحاضر الراهن. وليس إلى آحاد الرعية إلا الدفع وهو إعدام المنكر وإزالته، فما زاد على قدر الإعدام فهو إما عقوبة على جريمة سابقة أو زجر عن لاحق وذلك إلى السلطات العامة وليس للأفراد ...

التهديد بالضرب والقتل : وينبغى أن يسبق الضرب كلما أمكن تقديمه عليه. ويشترط فى التهديد ألا يهدد الدافع بوعيد لا يجوز له تحقيقه، كقوله لأنهبن دارك أو لأضربن ولدك أو لأسبن زوجتك، بل ذلك إن قاله عن عزم فهو حرام، وإن قاله من غير عزم فهو كذب. وإنما يجوز له أن يهدد بما يجوز له تحقيقه فى سبيل دفع المنكر، كقوله لأجلدنك، لأكسرن رأسك، لأضربن رقبتك وما أشبه، وله أن يتوعده بأكثر مما فى عزمه الباطن إذا علم أن ذلك يردعه عن المنكر ...

الضرب والقتل : ويجوز عند الضرورة أن يباشر دافع المنكر ضرب فاعل المنكر لكفه عنه، ويشترط ألا يندفع المنكر بغير الضرب، وألا يزيد الضرب عن الحاجة فى الدفع فإذا اندفع المنكر بصفعة أو ضربة فليس للدافع أن يصفع أو يضرب مرة أخرى...

﴿عوده﴾ وإذا لم يندفع المنكر إلا بالجرح وإشهار السلاح، فللدافع أن يشهر السلاح وأن يجرح، كما لو قبض فاسق على امرأة وبينه وبين الدافع نهر حائل أو جدار مانع فيأخذ بندقيته ويقول له: خل عنها أو لأرمينك، فإن لم يخل عنها فله أن يرمي. وينبغى ألاّ يقصد المقتل بل الساق والفخذ وما أشبه. وله أن يسل سيفه ويقول له اترك هذا المنكر أو لأضربنك. فكل ذلك دفع للمنكر، ودفعه واجب بكل ممكن، ولافرق فى ذلك بين ما يتعلق بحقوق الله كالزنا وقطع الطريق وبين ما يتعلق بحقوق الأفراد كالضرب والجرح والغصب ...

وإذا كان فاعل المنكر لا يمتنع عن المنكر إلا بقتال قد يؤدى إلى قتله، كان على دافع المنكر أن يقاتله ولو كان المنكر الذى يراد منعه أقل درجة من القتل. فلو قصد إنسان أن يقطع طرف نفسه وكان لا يمتنع عن ذلك إلا بقتال ربما أدى لقتله، وجب منعه عن القطع وقتاله عليه؛ لأن الغرض ليس حفظ نفسه وطرفه، بل الغرض حسم سبيل المنكر والمعصية، وقتله فى دفع المنكر ليس معصية وقطع طرف نفسه معصية. وذلك مثل دفع الصائل على المال بما يقتله فإنه جائز، لا على معنى افتداء درهم من المال بروح شخص، وإنما هو جائز بقصد دفع المعاصي، وقصد الصائل لأخذ المال معصية وقتله دفعا للمعصية ليس فى ذاته معصية[1]...

الاستعانة بالغير: وإذا عجز الدافع عن دفع المنكر بنفسه واحتاج إلى أعوان يعينونه على دفعه بقوتهم وأسلحتهم، فقد رأى بعض الفقهاء أن الأفراد ليس لهم أن يدفعوا المنكر بهذه الوسيلة وليس لهم مباشرتها؛ لأنها تؤدى إلى تحريك الفتن واختلال الأمن والنظام؛ لأن الفاسق قد يستعد أيضا بأعوانه فيؤدى ذلك إلى القتال؛ وإنما للأفراد أن يباشروا هذه الوسيلة إذا أذن لهم الإمام بمباشرتها، وهو لا يأذن إلا لمن أقامه من قبله للأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ...

ورأى البعض الآخر أن للأفراد مباشرة هذه الوسيلة دون حاجة لإذن الإمام؛ لأنه إذا جاز للأفراد استعمال الوسائل الأخرى فقد جاز لهم أن يستعملوا الوسيلة الأخيرة؛ لأنه ما من وسيلة غيرها إلا وقد يؤدى استعمالها إلى التضارب، والتضارب يدعو بالطبيعة إلى التعاون، فلاينبغي إذن أن يبالى بلوازم الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر. وإذا كان انتهاء الأمر إلى الفتنة من النوادر، والنادر لا حكم له، فإنه يضاف إلى ذلك أنه ليس فى الشريعة ما يمنع من القول بأن كل من قدر على دفع المنكر فعليه أن يدفعه بيده وسلاحه وبنفسه وأعوانه ...

---

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثانى ج/٧ ص/٣٤...

345 – الوسائل المقبولة لمنع المنكر :

الأصـــل أن الدعـــوة والوعظ والنصح هما السبيل الذى يجب على كل فرد أن يســـلكه لمـــنع استرســـال الـــناس فى عمل يَعُدُّه هو منكرا، فى حين أن عامة الناس وجمهورهـــم يخالفه فى ذلك. لكن حتى فى هذه الحالة لا يجوز أن تصل الدعوة إلى حد اســـتفزاز الـــناس أو تجريحهم والتشهير بهم؛ فمنع المنكر لا يبيح ارتكاب المنكرات، وإيذاء العامة واستفزازهم منكر بلا شك، كما أنه عمل تطبق عليه شروط الضرورة والضرورات تقدر بقدرها.

والـــلجوء إلى القوة أو العنف أو استعمال اليد كثيرا ما يساء استعماله، ويتعدى بعض الأفراد حدود الضرورة لمجرد التظاهر بالتقوى وادعاء العلم واتخاذ ذلك ذريعة للتدخل فى شئون الغير، مما يستفز الآخرين ويترتب عليه مشاحنات ومصادمات هي أســـوأ من المنكر الذى يراد دفعه. والمبدأ الذى استقر عليه الفقه هو أنه لا يرتكب مـــنكر بحجـــة دفـــع منكر آخر. وتقدير المنكر فى الحالين يرجع فيه إلى عامة الناس وجمهورهـــم، ولا يجـــوز للفرد أن يدعى أن العامة جهلاء وأنه أعلم منهم وله حق الإشراف عليهم ومحاسبتهم بل وتأديبهم ... وقد أفاض فقيهنا فى ذكر أمثلة ذلك.

ومن أوائل المنكرات التى ابتلى بها المسلمون، استيلاء البعض بالقوة والتغلب على ولايـــة الأمر، وممارسة السلطة بغير طريق الشورى الحرة التى فرضها الإسلام وسار عـــليها الخـــلفاء الراشدون. ولذلك، تكررت المعارضات لسلطة هؤلاء المسيطرين، وبرغم ذلك فإن هذا الأسلوب ما زال سائدا فى كثير من بلاد المسلمين. ولا يكتفى المستبدون بالاستيلاء على السلطة، بل يدعون صفة الإمامة ويجدون من ينسب إليهم هـــذه الصـــفة ويفتى لهم بأن لهم وحدهم حق إيجاد مؤسسات تحتكر الإشراف على سلوك الأفراد بحجة احتكارها للأمر بالمعروف والنهى عن المنكر[1].

لذلك فإننا يجب أن نشير إلى أن ما قاله عن حق "الإمام" فى إنشاء مؤسسة تختص بالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر – هذا كله خاص بالإمام الذى اختاره المسلمون بالشورى الحرة دون استيلاء أو غصب أو غلب...

(1) مثال ذلك ما أشرنا إليه سابقا من ادعاء بورقيبه أنه "ولى الأمر" وفرض ما يراه من منع الصوم.

❁ – لا يجوز لمن يتولى السلطة أن يحتكر الأمر بالمعروف ودفع المنكر :

بـــل وحتى فى هذه الحالة ليس للإمام المنتخب بالشورى الحرة أن يحتكر لنفسه أو لأنصاره أو لأى مؤسسة تابعة له حق ممارسة الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر كما قدمــنا؛ لأن ذلـــك معناه منع الناس من الرقابة على عمله هو وأعوانه واستنكار ما يرتكبونه من بغى وظلم وما يمارسونه من منكرات .. دون رادع أو زاجر أو مانع..

﴿عوده﴾ ٣٤٦ـ هـل يجـوز اسـتعمال الوسـائل السـابقة فـى حـق الجميع ؟ يجوز استعمال الوسائل التى سلف ذكرها فى حق الجميع عدا الوالدين والزوج والحاكم...

فأما الوالدان، فليس للولد عليهما إلا التعريف ثم النهى بالوعظ والنصح، وليس لـه أن يعنفهما أو يهددهما أو يضربهما. ولكن، له أن يغير ما يأتيان من المنكر بحيث لا يمـس شخصيتهما، كأن يريق خمرهما أو يرد ما يجد فى بيتهما من مال مغصوب أو مسروق لأصحابه. وعلة استثناء الأبوين من الحكم العام أن الله ﷻ نهى عن التأفف منهما وإيذائهما فقال : ﴿فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما﴾ [الإسراء: ٢٣]. وقد ورد فى حـق الأبويـن ما يوجب الاستثناء من العموم، إذ لا خلاف فى أن الأب لا يقاد بولـده، وأن الجلاد ليس له أن يقتل أباه فى الزنا حدا، وليس له أن يباشر إقامة الحد عليه. فإذا لم يجز للإبن إيذاء الأب بعقوبة هى حق على جناية سابقة، فلا يجوز إيذاؤه بما هو منع عن جناية مستقبلة متوقعة ...

وأمـا الزوجة، فحكمها مع الزوج حكم الولد مع أبويه، لقول الرسول ﷺ : "لو جاز السجود لمخلوق لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها". وهذا يقتضى منع المرأة من إيذاء الزوج ...

وأمـا الـرعية مع الحاكم أو السلطان أو الإمام، فليس للرعية عليه إلا التعريف والـنهى بالموعظة والنصح، أما التغيير باليد فالرأى الراجح أنه غير جائز؛ لأنه يفضى إلى خـرق هيبته وإسقاط حرمته، وذلك محظور لقوله ﷺ : "من كانت عنده نصيحة لـذى سلطان فلا يكلمه بها علانية، وليأخذه بيده فليخل به، فإن قبلها قبلها، وإلا كـان قد أدى الذى عليه والذى له". ولقوله أيضا: "من أهان سلطان الله فى الأرض أهانه الله فى الأرض" ...

❁ 346 – نهي ذوى السلطان ومعاونيهم عن المنكر :

من رواسب نظم الملك العضوض والاستيلاء على السلطة بالقوة والغلب فى كثير من البلاد، ما نسب إلى بعض الفقهاء من ابتكار قواعد تقيد حق الأفراد والجماعات فى نقد أصحاب السلطة أو معارضتهم أو نقد سلوكهم وأعمالهم ومن يتبعونهم بحجة منع "الفتنة" .

إن حق النقد والمعارضة يُعَدُّ من صميم الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر. بل إن الأحاديث النبوية التى أشار إليها تجعل معارضة المستبدين ونقدهم والتعرض لانتقامهم بسبب ذلك من أعلى مراتب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، حتى إنه فى حالة التعرض للقتل فإن من يقتل بسبب معارضة المستبدين يُعَدُّ أول من تحق له الشهادة، ويكون فى مستوى شهداء الدعوة الأولى كما ورد فى الحديث الشريف .

وبرغم ذلك، فإن بعض الآراء التى أوردها فقهاؤنا إنما كتبت أو قيلت فى ظروف لم يكن المستبدون يسمحون فيها للفقهاء أن يفتوا بآراء تجيز النقد لأعمالهم أو المعارضة لطغيانهم، ولهذا نلفت نظر القارئ إلى أننا لا نقرها ولا تستحق منا المناقشة ...

إننا لا نقر قياس موقف الشعوب من حكامها على موقف الأطفال أو الأبناء من آبائهم؛ بل ولا على موقف الزوجات من أزواجهن، لأن أول حق أعلنه الخليفة الراشد لعامة المسلمين، هو قوله "إن أسأت فقومّونى". ومن المعروف أن أحد العامة واجه عمر بن الخطاب بقوله: "والله لو وجدنا فيك اعوجاجا لقومناه بسيوفنا" ... فأقر ذلك الفاروق، وحمد الله على أنه يوجد بين رعاياه من يقوم اعوجاجه بالسيف ...

فالأصل الشرعى الثابت هو أن لكل فرد من عامة الناس الحق فى إعلان نقده لمن يمارسون السلطة أو يتولونها ولو كانوا من الخلفاء الراشدين، ومن باب أولى إذا كانوا قد تولوا الأمر بالقوة والغلب والقهر للشعوب بدون مشورة حرة.

﴿عوده﴾ ٣٤٧ ـ *حكم التجاوز فى دفع المنكر*: إذا استعمل المدافع فى النهى عن المنكر أو تغييره وسيلة تزيد عما يقتضيه الحال، فهو مسئول عن هذه الزيادة. وكذلك إذا تعدى الحدود المقررة لوسيلة من الوسائل. فإذا عنف فاعل منكر فقذفه، فهو مسئول عن القذف؛ لأن القذف لا يدخل فى التعنيف. وإذا كان المنكر يندفع بالتعنيف أو التهديد فضرب فاعل المنكر أو جرحه، فهو مسئول عن الضرب والجرح. وإذا اندفع المنكر بضربة واحدة أو جرح واحد فضربه ضربة ثانية أو جرحه جرحا ثانيا، فهو مسئول عما فعل بعد اندفاع المنكر. وإذا كان المنكر يندفع بتغييره باليد، فليس له أن يتعدى الحدود المقررة للتغيير؛ فإذا كان المنكر شرب الخمر أو إحرازها فإن تغيير المنكر يكفى فيه إراقة الخمر، فإذا أتلف الموائد المنصوبة فى محل الخمار أو الأبواب أو الأمتعة أو أحرقها فهو مسئول عن ذلك ...

ولا محل للنهى عن المنكر أو تغييره قبل مباشرة المنكر أو بعد مباشرته ؛ لأن مباشرة المنكر هى التى تحل النهى عنه أو تغييره دفعا للمنكر. فإذا لم يقع المنكر، فلا يمكن عَدُّ ما يقع على قاصد فعل المنكر دفعا، وإنما هو اعتداء. وإذا انتهى فاعل المنكر من فعله، فما يقع عليه من أفعال أو ما يوجه إليه من أقوال بسبب فعل المنكر لا يُعَدُّ دفعا للمنكر وإنما اعتداء على فاعله ...

والأصل أن ما يدفع به المنكر مباح ولا يُعَدُّ جريمة ما دام لم يتعد الحدود المقررة لدفع المنكر. لكن، إذا تعدت أفعال دفع المنكر إلى الغير وأصابته خطأ عُدَّ الفعل بالنسبة للغير خطأ ولو أنه صدر من فاعله متعمدا إياه ؛ لأن الفعل مباح ضد فاعل المنكر محرم ضد غيره، فالتعمد لا عبرة به؛ لأنه تعمد فعل مباح، والقاعدة أن من تعمد فعلا مباحا فأخطأ فى فعله يسأل عن نتيجة الخطإ بحسبانه مخطئا لا عامدا ...

٣٤٨ ـ *هل لفاعل المنكر حق الدفاع ؟*: ليس لفاعل المنكر أن يتعدى على من يدفع المنكر بحجة أنه يدفع عن نفسه أو ماله، طالما أن دافع المنكر لم يتجاوز حدود دفع المنكر، فإذا تعدى هذه الحدود كان عمله اعتداء وكان لفاعل المنكر أن يدفع هذا الاعتداء ...

٣٤٩ ـ *الفرق بين الدفاع الشرعى العام والدفاع الشرعى الخاص* : إذا قارنا الدفاع الشرعى العام بالدفاع الشرعى الخاص، تبين لنا أن الأسس التى يقوم عليها كل منهما واحدة، وأن أحكامهما واحدة، وأنهما لا يكادان يختلفان إلا فى بعض التفاصيل...

<عوده> والواقع أن الدفاع الشرعى الخاص لا يختلف عن الدفاع الشرعى العام من هذه الناحية، ولكنهم يفرقون بينهما من ناحية الموضوع. فموضوع الدفاع الشرعى الخـــاص هـــو كل صيال أى هجوم أو اعتداء يمس سلامة الإنسان أو يمس ماله أو عرضه، ويسمى هذا النوع من الدفاع بدفع الصائل. وموضوع الدفاع الشرعى العام هـــو مـــا عدا ذلك مما يمس حقوق الجماعة وأمنها ونظامها، ويسمى هذا النوع من الدفاع الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ...

وقـــد يقـــال إن هذه التفرقة الموضوعية تفرقة اسمية؛ لأن أكثر ما يدفع فيه الفاعل بحُسبانه صائلا يمكن دفع الفعل فيه بحُسبانه منكرا، ولكن هذا القول غير صحيح؛ لأن مـــا يدفـــع فيه الفعل بحُسبانه منكرا لا يدفع فيه الفاعل بحُسبانه صائلا، فدفع الصائل لا يكون إلا إذا وجد صيال أى : هجوم أو اعتداء على الإنسان أو ماله، أو عرضه.

أمـــا دفـــع المنكر، فيكون كلما انعدم الصيال أو الهجوم أو الاعتداء. فمثلا، إذا هجم رجل على امرأة يريد اغتصابها فإنه يدفع عنها بحُسبانه صائلا، فهنا دفاع شرعى خـــاص؛ أمـــا إذا أتاها برضاها ففعلهما يدفع بحُسبانه منكرا، فهنا دفاع شرعى عام. ومـــن يحاول قتل غيره يدفع عنه بحُسبانه صائلا، ويكون الدافع فى حالة دفاع شرعى خاص؛ أما من يحاول الانتحار فيدفع فعله بحُسبانه منكرا، ويكون الدافع فى حالة نهى عـــن المنكر أو تغييره. ومن يحرق مال غيره أو يتلفه يدفع بحُسبانه صائلا، ولكن من يحرق ماله أو يتلف مال الغير برضاه يدفع بحُسبانه فاعلا لمنكر. فالصيال، أى: الهجوم أو الاعتداء هو ما يميز الدفاع الشرعى الخاص عن الدفاع الشرعى العام ...

٣٥٠ ـ *بـين الشـريعة والقـانون* : تمتاز الشريعة الإسلامية من يوم وجودها بما جاءت به من الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، وهى ميزة لم تعرفها القوانين الوضعية قديما، ولكنها بـــدأت تعرفها وتأخذ بها فى نطاق ضيق ابتداء من القرن الماضي. ولقد أوجبت الشريعة الأمـــر بالمعـــروف والنهى عن المنكر لتجعل من كل إنسان رقيبا على غيره من الأفراد والحكام، ولتحمل الناس على التناصح والتعاون وعلى الابتعاد عن المعاصى والتناهى عن المـــنكرات. ولقد ترتب على إيجاب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر أن أصبح الأفراد مـــلزمين بـــأن يوجـــه بعضـــهم بعضا، وأن يوجهوا الحكام ويقوموا عوجهم وينتقدوا تصرفاتهم، والتوجيه أساسه الأمر بالمعروف، والتقويم والنقد أساسه النهى عن المنكر.

<عوده> ولقد فهم المسلمون الأوائل هذا حق الفهم وسلموا به تسليما. فهذا أبو بكر يصعد المنبر بعد مبايعته فيقول: "أطيعونى ما أطعت الله فيكم، فإذا عصيت فلا طاعة لى عليكم". وهذا عمر يقول بعد توليته الخلافة : "من رأى فى اعوجاجا فليقومه". وترتب على إيجاب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر أن أصبح الأفراد ملزمين بالتعاون على إقرار النظام وحفظ الأمن ومحاربة الإجرام، وأن يقيموا من أنفسهم حماة لمنع الجرائم والمعاصى وحماية الأخلاق، وكان فى هذا كله الضمان الكافى لحماية الجماعة من الإجرام، وحماية أخلاقها من الانحلال، وحماية وحدتها من التفكك، وحماية نظامها من الآراء الطائشة والمذاهب الهدامة، بل كان فيه الضمان الكافى للقضاء على المفاسد فى مكمنها وقبل ظهورها وانتشارها .

ولم تعرف القوانين الوضعية الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر إلا ابتداء من القرن الماضي، حيث بدأت تعترف للأفراد بحق النقد وحق التوجيه، وتعترف للأفراد بالقبض على المجرم فى حالة التلبس وتسليمه إلى الجهات المختصة، وتعطى فى بعض الحالات للأفراد الحق فى منع الجانى بالقوة من ارتكاب الجريمة إذا كانت ماسة بصالح الجماعة كقلب نظام الحكم وتخريب المنشآت العامة. ولكن القوانين الوضعية مع هذا لم تأخذ بمبدإ الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر على إطلاقه، وإنما قصرت تطبيقه على حالات معينة، بخلاف الشريعة التى تطبقه فى كل الحالات وفى جميع الجرائم ...

347 – 350 – مبدأ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر

أساسه التضامن بين عناصر المجتمع :

إن عَـــدَّ الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر نوعا ثانيا من الدفاع الشرعى، معناه أن الأحكـــام المتعلقة بتجاوز حدود الدفاع وما يترتب على التجاوز من حق المدفوع فى الدفاع عن نفسه ضد المدافع الذى تجاوز حدود ما تستلزمه الضرورة – التى فصلناها بالنسبة لدفع الصائل – تطبق فى حالة تجاوز شروط الأمر بالمعروف أو النهى عن المنكر.

هذه القواعد تسرى فى حالة الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، وكذلك قاعدة أن الضـــرورة تقدر بقدرها، وأن المنكر لا يدفع بمنكر آخر. لكن هناك فارقا فيما يتعلق بالشـــروط. فدفع الصائل – أى الدفاع الشرعى بالمعنى الخاص – لا يكون إلا لدفع خطر يهدد شخص المدافع أو ماله أو شخصا غيره أو ماله .

أمـــا ما يسميه الدفاع العام بالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر فهو يجوز أو يجب كـــلما وجـــد فعـــل يخل بأمن الجماعة أو استقرارها وحقوقها وشريعتها. وإذا كان الراجح أن الفعل الذى يبرر الدفاع الخاص يجب أن يكون جريمة جنائية، فإن ما يبرر الأمـــر بالمعـــروف والنهى عن المنكر يكفى أن يكون معصية أو انحرافا عن الطريق المستقيم أو السلوك الشرعى القويم فى عرف الناس ورأى عامتهم وجمهورهم .

أشـــرنا فى كتابنا "فقه الشورى والاستشارة" إلى أن مبدأ الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر هو من خصائص شريعتنا التى تتميز به عن جميع الشرائع قديمها وحديثها، وقلنا إن القوانين الوضعية وجدت فيها بعض تطبيقات متناثرة لهذا المبدإ أشرنا إليها فضلا عما أشار إليه فقيهنا فى هذا البند .

هذا المبدأ أساسه أصل عظيم من أصول شريعتنا، وهو تضامن أفراد المجتمع بعَدِّه أســـاس وجود الجماعة وتقدمها وصلاحها. ولا يقتصر ذلك على التكافل المالى بل يشمل التكافل فى الرأى والمشورة فى الشورى، والتكافل فى الدفاع عن مبادئ نظام الجماعة وحقوقها وشريعتها بالأمر بالمعرف والنهى عن المنكر، وهو لذلك من المبادئ المســـتقبلية الـــتى نعـــتقد أن الإنسانية تحتاج إليها؛ ومن واجبنا أن نقدمه للمجتمع الإنســـانى على هذا الأساس ليكون مساهمة من الإسلام فى تقدم المجتمعات البشرية ورقيها وأمنها واستقرارها.

۞ - حديث شريف عن التضامن بين عناصر المجتمع :

وأحســـن تصـــوير لتضامن الجماعة ما ورد فى الحديث الشريف - ما معناه مثل المؤمنين كجماعة استهموا (اشتركوا) فى سفينة فكان بعضهم فى أعلاها وآخرون فى أسفلها، فقال الذين فى أسفلها لو أننا خرقنا فى نصيبنا خرقا حتى نخرج منه دون أن نمر على من فى أعلاها، فإن منعوهم نجوا جميعا وإن تركوهم وما يريدون غرقوا جميعا.

الفرع الثاني
التأديب

<عوده> ٣٥١ـ *أولا : تأديب الزوجة* : من حق الزوج في الشريعة الإسلامية أن يؤدب زوجته إذا لم تطعه فيما أوجبه الله عليها من طاعته، كأن تثاقل عليه إذا دعاها، أو تخرج من منزله بغير إذنه. وأساس هذا الحق قوله ﷻ : ﴿الرجال قوّامون على النساء﴾ [النساء: ٣٤]. وقوله ﷻ :﴿واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا﴾ [النساء : ٣٤]. والنشوز هو معصية الزوج مأخوذ من النشز : أي الارتفاع، فكأنها ارتفعت وتعالت عما أوجب الله عليها من الطاعة ...

❁ 351 – المبدأ والتطبيقات :

لم يعـــرض وجهـــة نظره فى مبدإ "التأديب" أو تعريفه، ولكنا يمكن أن نعرفه بأنه واجب الإنسان الراشد فى تقويم انحراف من يكون مسئولا عن تربيتهم أو الإشراف عـــليهم أو تعليمهم أو رعايتهم، وأهم أمثلته حق الوالدين فى تأديب الصغار؛ وحق المعلم كذلك. ولكن، يضاف نوع ثان، هو حق الرئيس أو المشرف فى تقويم تابعه أو توجيهه فى سلوكه أو عمله، ومثاله حق الرؤساء الإداريين فى توقيع جزاءات تأديبية عـــلى مـــن يعملون تحت إشرافهم ومسئوليتهم. ويدخل فى هذا النطاق ما سماه حق الـــزوج فى "تأديب الزوجة" بصفته رئيس الأسرة والمسئول عنها، وقد بدأ به وكنا نفضل البدء بالنوع الأول . ولكنا سنلتزم بالترتيب الذى اختاره .

وقـــد عَـــدَّ مرجعه فى هذا الموضوع آية فى سورة النساء؛ أولها عن القوامة لأن المقصـــود بها رئاسة الزوج للأسرة بسبب التزامه بالإنفاق على جميع أفرادها وأولهم الـــزوجة بحكم رئاسته بدليل قوله تعالى : ﴿الرجال قوَّامون على النساء بما فضَّل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم﴾ [النساء:34].

ثم إن الآيـــة أشارت إلى حالة الزوجة الناشز وأجازت الضرب فى حالة النشوز – وكنا نؤثر أن يشار فى العنوان إلى علة الحكم وهى النشوز.

نشير إلى قوله فى نهاية البند التالى رقم 352 : "ومن المتفق عليه أن الزوجة لا يجوز أن تضـــرب لخوف النشوز قبل إظهاره، وإنما أجيز ذلك عند إظهار النشوز فعلا". ومعـــنى ذلـــك أن أســـاس هذا الحق وعلته هى حالة النشوز الفعلى. بقى أن نعرف المقصود بالنشوز.

<عوده> ٣٥٢ـ **ما يؤدب فيه** : من المتفق عليه أن للزوج أن يؤدب زوجته بصفة عامة على المعاصى التى لا حد فيها، كمقابلة غير المحارم، وترك الزينة والخروج دون إذن، وعصيان أوامر الزوج، وتبذير ماله. والرأى الراجح أن له تعزيرها على ترك فرائض الله إذا كانت مسلمة كترك الصلاة والصوم[(١)] ...

ومـــن المتفق عليه أن الزوجة لا تضرب لخوف النشوز قبل إظهاره، وإنما تضرب لإظهارها النشوز فعلا[(٢)] ...

---

(١) البحر الرائق ج/٦ ص/٥٣ ، أسنى المطالب ج/٤ ص/١٦٢، إحياء علوم الدين المجلد الثانى ج/٤ ص/٢٤٦، الشرح الكبير ج/٨ ص/١٦٩...

(٢) الشرح الكبير ج/٩ ص/١٦٨...

۞ 352 – ما النشوز ؟ :

فى نهايـــة البند السابق عرَّف النشوز بأنه "معصية الزوج" وكان أولى به أن يكتفى بذلـــك – لكنه عاد فى هذا البند وأورد صيغة أعم لا نقر بها – ولذلك لا نوافق على قولـــه: "للزوج أن يؤدب زوجته بصفة عامة على المعاصى التى لا حد فيها". ولا قوله إن : "الـــرأى الـــراجح أن له تعزيرها على ترك فرائض الله إذا كانت مسلمة كترك الصلاة أو الصوم .." .

إنه لم يشر إلى الآراء الأخرى التى عَدَّها مرجوحة. لكن ما نراه فى مجتمعنا هو أن كـــثيرات مـــن النساء هن أكثر تديُّنا والتزاما بآداء فرائض العبادات من أزواجهن، وكـــثيرا مـــا ورد إلى دور الإفتاء والهيئات العلمية شكاوى الزوجات من عدم أداء الأزواج لفريضـــة الصلاة؛ بل والصوم فى بعض الأحيان، فضلا عن استباحة البعض تعـــاطى المخـــدرات أو المســـكرات برغم اعتراض الزوجات، كأنما يعتبرون ذلك "النشوز الرجالى" من صفات الرجولة أو مقتضياتها أو امتيازاتها ..

إننا لا نَعُدُّ النشوز شاملا لجميع المعاصى الشرعية، فإننا إذا تكلمنا عن نشوز الزوجة فيجب أيضا ألا نتجاهل نشوز بعض الأزواج. كما أننا عندما نتكلم عن حقوق الزوج فى هذه الحالة يجب أن نفكر أيضا فى حقوق الزوجة عندما يفسق الزوج أو يسترسل فى المعاصـــى وبخاصة المخدرات والمسكرات أو ترك الصلاة أو الصوم – وفى هذه الحالة نرى أن نرجع إلى مبدإ الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر الذى توسع الفقهاء فى شرحه كمـــا توســـعنا سابقا، وقد اتفق الجميع على أنه حق عام لجميع الأفراد سواء فى ذلك الـــرجال أو النساء، ولا يصح القول بأن الرجال يحتكرونه أو أن الزوجات لا حق لهن فى ممارسته إزاء الزوج الذى ينساق وراء شهواته ومعاصيه .

إنـــنا نذهـــب إلى حد القول بأن هذا النص القرآنى إذا أردنا تطبيقه فى حالة المعاصى الشرعية، فيجب أن يكون فى نطاق تطبيقات هذا المبدإ العام وهو الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، ولا يجوز أن يتخذ مبررا لتعطيل تطبيقه. فللزوجة كما للزوج حق وواجب فى أن تأمر بالمعروف وتنهى عن المنكر، ولا يُعَدُّ ذلك منها ممارسة للحق فى "تأديب" زوجها كما لا يصح فى نظرنا وصف ممارسة الزوج لهذا الحق بأنه "تأديب" للزوجة، بل هو مجرد أداء لواجب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، وللزوجة هذا الحق كذلك.

❁ – الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لا يُعَدُّ حقا فى التأديب فى نظرنا – وهو حق مشترك للنساء والرجال :

إذا كان ما نصت عليه الآية عن حقوق الزوج فى غير حالة النشوز هو تطبيق لمبدإ الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر فيجب فى نظرنا مراعاة شروطه وقواعده وأحكامه عند تفسير النص أو تطبيقه، ولا حاجة لوصف ما يمارسه الزوج فى غير حالة النشوز – الذى يقصد به رفض المعاشرة الزوجية – بأنه "تأديب" للزوجة، بل يجوز فقط لأنها زوجة له وقد صدر منها ما يصل لحد النشوز الفعلى .. الذى يخل بنظام الأسرة التى هو رئيسها.

إن التعميم الذى يؤدى إليه القول بأن الزوج له حق فى "تأديب" الزوجة فى غير حالة النشوز الفعلى يخالف فى نظرى نص الآية؛ لأن عبارتها تشير إلى أن علة التأديب ليست هى صفة الزوجة أو أنها امرأة وهو رجل، بل هى أفعال "النشوز". فلا يمكن فى نظرنا التعميم وجعل التأديب حقا عاما لكل الأزواج على كل الزوجات فى غير حالة النشوز الذى لا بد من إعطائه تعريفا واضحا محددا يقصره على رفض المعاشرة الزوجية.

كما أن الصواب فى نظرنا أن جواز الضرب حق استثنائى للزوج الصالح على الزوجة الناشز، فلا يمكن الاعتراف للزوج بهذا الحق – فى نظرنا – إلا عند توافر سببه المشار إليه فى الآية وهو حالة النشوز بالمعنى المحدد المشار إليه، بل وظهور النشوز على حد تعبير فقيهنا فى المتن .

والاختلاف فى تعريف النشوز يدل على أن عرف المجتمع لابد أن يكون له دور فى الترجيح بين الآراء. وقد جرى العرف على أن المستوى الاجتماعى والثقافى بل والسلوكى لكل من الزوجين يجب أن يكون له تقدير فى العلاقة بينهما .

إن الزواج فى شريعتنا عقد رضائى يتم باتفاق الطرفين. والأصل أن الالتزامات التى تنشأ منه على كل منهما تكون متبادلة أو متوازنة على الأقل، ولابد أن يتوقف مدى الحق على قدر ما يتمتع به كل منهما من التقوى والصلاح .

۞ العرف والمستوى الاجتماعي هو الذى يحدد المقصود بالضرب:

ونحن نفضل أن يتوسع فقهاؤنا فى شرح ما يجب أن يتصف به الزوج من تقوى وصلاح لكى يكون له حق الإشراف على سلوك زوجته وأسرته كلها.

إننا نفخر بأن شريعتنا تعترف للمرأة بشخصيتها الكاملة وحريتها فى التصرف فى مالها أثناء الزواج، على خلاف بعض الشرائع التى تنزلها بعد الزواج إلى مرتبة التابع لزوجها فى تصرفاتها فى مالها – فمن باب أولى لا تفرض عليها التبعية لزوجها فى السلوك إلا إذا تأكد أنه هو السلوك الشرعى الصحيح، لذا لا بد من وجود ما يثبت أنه فى مستوى سلوكى يعطى له حق ممارسة الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، أى أنه ليس فاسقا ولا عاصيا.

معنى ذلك أن حق الزوج فى تقويم أفراد أسرته يشترط له ألا يكون هو فاسقا كما هى القاعدة فى تطبيق مبدإ الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر حيث لا يجوز للعاصى أو الفاسق أن يضع نفسه موضع من يقوّم سلوك غيره أو يأمر الناس وينهاهم وينسى نفسه..

لاشك فى أن مبدأ قوامة الزوج ورئاسته للأسرة أساسه تضامن الأسرة ووحدتها، فلا تسمح شريعتنا بالتسيب فى العلاقات الاجتماعية وبخاصة العلاقات الجنسية أو تجاهل كيان الأسرة ووحدتها وأنها نواة المجتمع الصالح. وعلى ذلك فإن تطبيق مبدإ الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر يجب أن يراعى فيه رئاسة الزوج للأسرة وقوامته عليها ومسئوليته أمام المجتمع عن مستوى سلوك أفرادها، مقابل التزامه برعاية شئونها وبالإنفاق على جميع أفرادها والتزامه أيضا بأن يكون القدوة الحسنة لها فى سلوكه وتصرفاته.

والنص القرآنى على حقوق الزوج فى حالة نشوز الزوجة قصد به تأكيد حقه كرئيس للأسرة فى أن يكون مسئولا عن مرءوسيه، كما هو حق لكل رئيس فى جماعة منظمة. والزوجة التى تعمل فى إحدى الشركات أو الإدارات تعرف أن لها رئيسا إداريا تخضع لإشرافه وله حق "تأديبها" إداريا، كما أن له ذلك الحق بالنسبة لزملائها من الرجال، ولذلك يجب ألا يدعى البعض أن النص على حق الزوج كرئيس للأسرة فى "تأديب" زوجته يُعَدُّ انتقاصا من شخصيتها أو حقوقها أو إخلالا بمبدإ المساواة.

❁ حق الزوج فى نطاق المعاشرة التى شرع الزواج من أجلها :

كل ما هنالك أن هذا الحق يجب أن يكون فى حدود العلاقات الأسرية بين الزوجين – وهى العلاقات التى شرع الزواج من أجلها – وبخاصة إباحة المعاشرة الجنسية .

وعلى ذلك فإن أهم صور النشوز التى ذكرها فقهاؤنا هو خروج الزوجة على طاعة زوجها برفض هذه المعاشرة التى تظهر عادة بترك منزل الزوجية. فالقضاء عندنا يَعُدُّ ذلك الخروج من منزل الزوجية دليلا قاطعا على رفض المعاشرة التى هى حق للطرفين بمقتضى عقد الزواج ذاته، بل هى المقصد الأصلى منه.

أما ما يتجاوز هذه العلاقات الخاصة بالمعاشرة بين الزوجين بالمعروف، فإنها فى نظرى تخضع للمبدإ العام بالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، الذى يستوى فيه الناس جميعا رجالا ونساء، ومن شروط من يمارس هذا الحق ألا يكون هو فاسقا أو محتاجا إلى التقويم. لذلك نرى أنه لا يصح أن ينسب إلى النص أنه يعطى الرجل وحده حق إنكار المعاصى التى تنسب إلى الزوجة ولا يكون للزوجة مثل ما للرجل، وبذلك نطبق النظرية التى أشار إليها فقيهنا فى بداية البحث بعنوان "نظرية المساواة بين الرجل والمرأة"، ويكون للأصلح من الطرفين الحق فى نصح غيره أو أمرهم بالمعروف ونهيهم عن المنكر.

وإذا كانت شريعتنا تعطى لأفراد الرعية الحق فى الإشراف على سلوك ولاة أمورها، ولكل فرد فى الأمة الحق فى الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر لكل من ينحرف عن طريق الاستقامة والخلق القويم – ولو كان هو ممن يُعَدُّون من "أولياء الأمر" فى الأمة – فإن ذلك يطبق أيضا على أفراد الأسرة – ومنهم الزوجة – فلا يجوز أن يدعى البعض أن الزوج وحده له امتياز فى هذا المجال بحجة أنه رئيس الأسرة والقيم عليها، لأن هذا فى نظرنا أدعى إلى تأكيد حق أفراد الأسرة فى مراجعته، كما هو الشأن بالنسبة لحق جميع أفراد الأمة فى مراجعة ولى الأمر أو الإمام أو الخليفة بمقتضى حقهم فى القيام بواجب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، ولا نقبل القول بأنه يحتكر هذا الحق دون الزوجة.

عوده ٣٥٣ ـ *هل يجوز التأديب لأول معصية* : يرى مالك وأبو حنيفة أن الضرب لا يكون لأول معصية، وإنما يكون لتكرر المعصية والإصرار عليها. فإذا عصت أول مرة وعظها بالرفق واللين، وإن عادت كان له أن يهجرها، فإن عادت كان له أن يضربها. وحجة أصحاب هذا الرأى أن الواو وردت للترتيب فى قوله ﷻ: ﴿فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن﴾ [النساء: ٣٤]. وأن المقصود من التأديب هو الزجر عن المعصية فى المستقبل، وما هذا سبيله يبدأ فيه بالأسهل فالأسهل[١]. وهذا يتفق مع الرأى المرجوح فى مذهبى الشافعى وأحمد ...

ويترتب على الأخذ بهذا الرأى أن يعاقب من يضرب زوجته لأول معصية أو لثانى معصية، أما من يضربها للثالثة فلا عقوبة عليه؛ لأنه استعمل حقه فى حدوده المقررة. ويعاقب أيضا من يضرب زوجته للمعصية الثالثة إذا لم يكن وعظها أو هجرها قبل ذلك. فعلى الضارب ليعفى من العقوبة أن يثبت أنها عصت قبل الضرب مرتين، وأنه وعظها فى أولاهما وهجرها فى الثانية ...

والرأى الراجح فى مذهبى الشافعى وأحمد أن من حق الزوج ضرب الزوجة سواء تكررت المعصية أو لم تتكرر، سواء سبق الضرب وعظ وهجر أو لم يسبق الضرب شىء من ذلك. وحجة أصحاب هذا الرأى أن عقوبات المعاصى لا تختلف بالتكرار، وأن الواو فى قوله ﷻ: ﴿فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن﴾ [النساء: ٣٤]. جاءت لمطلق الجمع وليست للترتيب[٢] ...

ويترتب على هذا الرأى أن من ضرب زوجته لأول معصية لا يعاقب على ضربها؛ لأنه استعمل حقه فى حدوده المقررة ...

٣٥٤ ـ *هل يسأل الزوج عن سبب الضرب* ؟ ويرى أحمد ألاّ يسأل الزوج عن سبب الضرب؛ لأن الرجل قد يضرب الزوجة لأجل الفراش فإن أخبر بذلك استحيا، وإن أخبر بغيره كذب. ويستند فى هذا المبدإ إلى ما روى الأشعث عن عمر رضى الله عنه

---

(١) مواهب الجليل الجزء الرابع ص ١٥ / ١٦، مقدمات ابن رشد ج/٢ ص/١٠٤، بدائع الصنائع ج/٢ ص/٣٣٤ ...

(٢) المهذب ج/٢ ص/٧٤، أسنى المطالب ج/٣ ص/٢٣٩، المغنى ج/٨ ص/١٦٢...

<عوده> أنــه قال : يا أشعث احفظ عنى شيئا سمعته عن رسول الله ﷺ : "لا تسألن رجــلا فــيم ضــرب امرأته". وهذا الحديث يوجب الأخذ بقول الزوج إنه ضربها للــتأديب، ويمنع البحث عن سبب الضرب ما لم تدعى هى أنه ضربها لغير التأديب، فحينــئذ يجب على الزوج أن يثبت سبب الضرب. ولا يتوقف تأديب الزوجة على ســن معينة، فللزوج أن يؤدبها مهما بلغت من العمر، على خلاف الصغار، فإن حق تأديبهم ينتهى بالبلوغ ...

۞ 353، 354 – الضرب من أجل الفراش :

إن الآيــة الكريمة ذكرت وجوب البدء بالوعظ؛ ثم الهجر فى المضاجع قبل جواز الضـــرب. فســـر الفقه ذلك على أنه لا يجوز ممارسة "الضرب" إلا بعد الالتجاء إلى الوعـــظ والهجـــر. ولا شك فى أن الوعظ والهجر كليهما لا يثيران أى مشكلة، ولا يدعـــى أحد أنهما يعطيان للزوج ولاية على الزوجة أو أنهما يُعَدَّان عقوبة، ولا داعى للكلام على أنهما تعزيرات إلا إذا كان التعزير بمعنى الإصلاح والتقويم ..

ولذلك حرص الفقهاء على عدم إباحة "الضرب"، إلا بعد استنفاد تلك الوسائل، وأن الـــزوج يعزر إذا لجأ إليه قبل الوعظ والهجر. إلا أن كلمة "الضرب" ذاتها تثير حساســـية عـــند البعض فى هذا العصر؛ وهناك من يعترضون على الضرب كعقوبة جـــنائية يحكم بها القضاء على المجرمين، لأنهم يظنونها شائنة، ويفضلون عليها السجن ومـــا يترتب عليه من إذلال وقيد للحرية مهما طالت مدته. ونحن لا نجارى هؤلاء فى ذلـــك، وقد أثبتت الأيام وتجارب الشعوب أن السجن له مساوئ تتجاوز بكثير ما ينسبونه إلى "الضرب"، وأنه لابد من إيجاد بديل لعقوبة السجن ..

ونحن نرى أن كثيرين ممن يشاركون فى نقد الضرب إنما يفعلون ذلك لمجرد مجاراة "الموضة" أو متابعة الأفكار المستوردة تقليدا للمجتمعات الأجنبية.

فضـــلا عن ذلك يتسابق كثيرون للاعتراض على الضرب كوسيلة لتربية الصغار وتهذيبهم .. سواء فى المترل أو فى المدارس. وخلال عملى فى إنشاء مدارس المنارات مع كثير من الأخصائيين التربويين واجهنا هذه المشكلة – لكن أولياء الأمور المعتدلين كـــانوا دائما لا يعترضون على استعمال الضرب لتأديب الصغار، ولكن اعتراضهم كـــان على الغلو فيه واستخدامه بطريقة عشوائية بقصد الانتقام أو نتيجة للغضب. لذلـــك قـــررنا ألا يستخدم الضرب فى الفصول ولا بواسطة المعلمين، وإنما يلجأ إلى "الـــناظر" أو المدير الذى يكون بمثابة مجلس "تأديب" للتلميذ "الناشز" أو المخطئ .. وهـــو وحـــده الذى يأمر بهذا التأديب الجسمانى بعد زوال حالة الانفعال الناتج عن أخطاء الصغار أو انحرافاتهم ...

إن الذيـــن يســـعون لتحريم الضرب كعقوبة جنائية للمجرمين الثابت إجرامهم، و كذلك الذين يسعون لمنعه فى دور التعليم ومدارسه بالنسبة للأطفال، لا شك فى أنهم

❁ حالة النشوز فى المعاشرة الشرعية، تبيح أدنى درجات العنف :

أكثر معارضة لجعله أسلوبا يتعامل به الزوج مع زوجته - حتى ولو كانت ناشزا - بل حتى ولو بلغ النشوز حد ارتكاب جريمة الزنا أو التسيب الأخلاقى. لكن أمثال هؤلاء لا يمكن أن نجاريهم لأنهم لا يقدرون المقاصد الشرعية التى تحصن الأفراد والأسر من الفساد والفسق.

ولكنا أكدنا كذلك رأينا بأن هذا الإجراء مقصور على حالة الزوجة الناشز التى ترفض المعاشرة الزوجية، وأن استعماله مقصور كذلك على الزوج السوى الصالح، وأننا لا نراه أسلوبا للتعامل بين زوجين صالحين، ولا نرى أن حق التأديب أساسه عقد الزواج، بل سببه وعلته هى حالة استثنائية هى نشوز الزوجة، وخصوصا إذا وصل إلى درجة تتعارض مع مبدإ شرعى مهم هو أن المعاشرة الجنسية الشرعية هى المقصد الأصلى من الزواج، وهذا هو أساس المبدإ الإسلامى بتحريم العلاقات الجنسية خارج نطاق الزواج الشرعى.

بقى أن نحدد المقصود بهذا النشوز، وما يسوغه من "ضرب".

* * *

ما نقله فقيهنا منسوبا للإمام / أحمد والأشعث - يفسر لنا الحرج الذى يواجهه الفقه فى تفسير هذه الإباحة الاستثنائية للضرب عندما قالوا إن الزوج قد يستحى أن يبرره بأنه لجأ إليه "لأجل الفراش" - أى أنه اضطر إليه لعصيانها عن الاستجابة لحاجته إلى المعاشرة الزوجية. ونعتقد أن علماء النفس والاجتماع أقدر على شرح الاعتبارات التى تبيح للزوج هذا الإجراء ليصل إلى حقه المشروع الذى هو المقصد الأول من الزواج.

وإنى أعتقد أن كثيرين ممن يسمون أنفسهم "نسائيين" ويرفعون ما يسمونه شعارات الدفاع عن حقوق المرأة أو المساواة بين الجنسين لا يهمهم هذا المقصد الشرعى من الزواج، لأنهم فى كثير من الأحيان يبيحون للجميع التسيب فى العلاقات الجنسية خارج نطاق الزواج، أما شريعتنا فإنها توجب ضبطها فى إطار الزواج وتحرمها خارج نطاقه سواء للزوج أو الزوجة، وجعل ذلك التسيب أو الانحراف مكونا لجريمة الزنا وعقوبتها حدية بدنية. وتعويضا عن ذلك القيد الاجتماعى والأخلاقى

❁ حالة النشوز فى المعاشرة الشرعية تبيح أدنى درجات العنف ، وهو ما عبروا عنه "بالضرب غير المبرح" :

تحرص على إعطاء الزوجين حق المعاشرة الزوجية وتحصن هذا الحق وتحميه. وفى هذه الحالة أجاز الفقهاء أن يكون الضرب "من أجل الفراش".

كمـــا أنهم حرصوا على تحديد المقصود بالضرب – لأن كثيرين لا يلاحظون أن لفظ الضـــرب يمكـــن أن يشـــير إلى أشياء متباينة تبدأ "بضرب الأمثلة"، وما يسمونه فى الحساب جدول "الضرب" أى التكرار، وأخيرا ما يُعَدّ من قبيل الإيذاء البدنى أو مجرد استعمال العنف – وهذا له درجات يدخل ضمنها العنف الجنسى الذى يسميه العامة عندنا "ضرب الحبيب" ويَعُدُّونه دليلا على جموح الشهوة، وهو فى بعض البيئات من آثـــار فحولة بعض الرجال التى لا تغضب المرأة كثيرا فى بعض الأوساط. يؤيد ذلك إصـــرار فقهائنا على أن يكون الجواز للضرب فى أدنى درجاته التى يعبرون عنها بأنه "غـــير مبرح" وعرفه فى البند التالى بأنه لا يترك أثرا .. أى أنه مجرد استعمال القدر الـــلازم من العنف لمباشرة حقه فى معاشرة امرأته جنسيا. ومنطق شريعتنا أنه لو حرم من ذلك فإن البديل عنه هو أن نتيح له المعاشرة الجنسية خارج الزواج مع أى امرأة أجنبية أو حتى فى سوق رسمية للدعارة كما تفعل القوانين العصرية .

فى حـــين أن شريعتنا تَعُدّ هذه الإباحة أو "الحرية الجنسية" جريمة زنا معاقبا عليها بالجـــلد مائة مرة أو بالقتل رجما بالحجارة إذا كان محصنا. فالزواج الذى أحصنه هو الـــذى يعطيه حقا فى استعمال قوته لمعاشرة زوجته إذا حرمته من حقه فى "الفراش" الذى لا يجوز له أن يتجاوزه بأى معاشرة خارج الزواج .

عوده ٣٥٥ ـ *حد الضرب* : وليس للزوج أن يضرب زوجته أى ضرب شاء فحقه مقيد بضربها ضربا غير مبرح لقوله ﷺ : "لكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحد تكرهونه، فإن فعلن فاضربوهن ضربا غير مُبَرِّح" ...

والضرب غير المُبَرِّحِ هو الضرب غير الشديد، وقد فسره البعض بأنه الضرب الذى يؤلمها ولا يكسر لها عظما، ولا يدمى لها جسما. وقال البعض إنه الضرب الذى لا يسود الجلد ولا ينهر الدم وأن يكون مما يُعَدُّ مثله تأديبا. وعرفه البعض بأنه ما كان غير مدم ولا مدمن. وقال البعض إنه الضرب الذى لا يترك أثرا. وكل هذه التفسيرات على اختلاف عباراتها تؤدى معنى واحدا ...

ويشترط فى ضرب التأديب ألا يكون على الوجه، ولا على المواضع المخوفة كالبطن[1]...

ويشترط فى الضرب أن يكون بقصد التأديب، وألاّ يسرف فيه، وأن يكون مما يُعَدُّ مثله تأديبا، فإن كان كذلك فلا مسئولية على الزوج؛ لأن الفعل حقه فهو مباح له. ويراعى الوسط فى الضرب. فما يُعَدُّ تأديبا فى وسط قد لا يُعَدُّ تأديبا فى وسط آخر، وما يخرج عن حدود التأديب فى وسط قد لايصل حدود التأديب فى وسط آخر... ويصح أن يكون التأديب باليد وبالسوط وبالعصا...

ويشترط إذا كان التأديب على أمر تعاقب عليه السلطات العامة ألا يبلغ لهذه السلطات، وألا تكون الدعوى العمومية قد رفعت ضد الزوجة بشأن هذا الأمر، فإن حدث شيء من هذا فليس للزوج أن يؤدب الزوجة[2]. وتعليل هذا أن السلطات العامة هى المختصة أصلا بالعقاب، فإذا عرض الأمر عليها سقط حق الزوج فى التأديب؛ لأنه حق أعطى له استثناء حتى لا يؤدى تدخل السلطات العامة فى كل أمر إلى إساءة العلاقة بين الزوجين. فإذا سرقت الزوجة مثلا من جارتها أو سبتها ولم تر الجارة أن تلجأ للسلطات العامة، كان للزوج أن يؤدب زوجته على ما حدث منها. أما إذا لجأت الجارة للسلطات العامة، لم يكن للزوج أن يؤدب الزوجة إلا إذا كان هناك ما يمس حقوقه عليها، كأن يكون قد نهاها عن سب جارتها أو نهاها عن الخروج من المنزل، فإن مخالفتها عصيان له واعتداء على حقه فيجوز له أن يؤدبها على هذا فقط،

---

(١) المغنى ج / ٨ ص / ١٦٣...

(٢) مواهب الجليل ج / ٤ ص / ١٥...

〈عوده〉 لا علـى السـرقة أو السب..وليس للزوج أن يؤدب الزوجة إذا اعتقد أو غلب على ظنه أن التأديب لا فائدة منه، وليس له أن يخرج على حدود التأديب إذا اعـتقد أو غـلب على ظنه أن إصلاحها لا يكون إلا بالضرب الشديد، ويُعَدُّ عمل الزوج فى الحالين اعتداء لا تأديبا[1]...

٣٥٦ـ *حكم السراية* : وإذا ضـرب الـزوج زوجته بقصد التأديب فتلفت من الضـرب أو أصـيبت بعاهة، فمن رأى مالك وأحمد أن الزوج لايضمن الزوجة إذا تـلفت مـن الـتأديب المشروع على أن يكون الضرب مما يُعَدُّ مثله أدبا، فإن كان الضرب شديدا بحيث لايكون مثله أدبا للزوجة ففيه الضمان[2]...

أما أبو حنيفة والشافعى فيريان أن الزوج يضمن تلف زوجته سواء كان الضرب مما يُعَدُّ تأديبا أو كان أشد من ذلك. وحجة أبى حنيفة أن التأديب فعل يبقى المؤدب بعـده حيا، فإذا أدى الضرب إلى تلف المضروب أو إلى تلف أحد أعضائه، فقد وقع قتلا أو قطعا لا تأديبا.

وحجـة الشـافعى أن التأديب ليس واجبا على الزوج، وإنما هو حقه ومتروك لاجتهاده، فيتحمل نتيجة اجتهاده. والمتأخرون من فقهاء مذهبى أبى حنيفة والشافعى يحتجون فى تحميل الزوج نتيجة الفعل بأن التأديب ليس واجبا عليه، وإنما هو حق له، واسـتعمال الحـق مقيد بشرط السلامة وبأن حق الزوج فى التأديب متمحض لنفعه الشخصى وله أن يستعمله أو يتركه[3]...

وحجة مالك وأحمد أن استعمال الحق فى حدوده المقررة عمل مباح ولا مسئولية على عمل مباح...

٣٥٧ـ *المسئولية على التأديب* : ويتبين من الرأيين السابقين أن الزوج لا يسأل جنائيا ولا مدنيـا عن التأديب ما دام فى حدوده المشروعة؛ لأنه يستعمل حقا أباحه له الشارع، أما إذا تعدى الزوج حدود التأديب المشروع فهو مسئول جنائيا ومدنيا عن فعله ...

والخلاف الذى عرضناه بين الفقهاء هو على الحالة التى لا يخرج فيها التأديب عن حدوده المقررة ولكنه يؤدى إلى الموت أو إلى تلف عضو...

---

(١) مواهب الجليل ج / ٤ ص / ١٦، أسنى المطالب ج / ٣ ص / ٢٣٩...
(٢) المغنى ج / ١٠ ص / ٣٤٩ ...
(٣) المغنى ج / ١٠ ص / ٣٤٩، حاشية الطهطاوى ج / ٤ ص / ٢٧٥، الأم ج / ٦ ص ٣١ و١٦٦ وما بعدها ...

۞ 355 – 357 – الضرب غير المُبَرِّح وشروط السلامة :

ما قدمناه من أن النص القرآنى الخاص بالضرب يتعلق بحالة استثنائية هى النشوز أى رفـض المعاشـرة الزوجية – معناه أننا لا نرى عَدَّه قاعدة فى العلاقة بين الزوجين فى الأحوال العادية. وإذا كان الفقهاء قد أجمعوا على أن المقصود بالضرب غير المبرِّح ما لا يـترك أثرا، فلا نرى كيف يصل الإجراء إلى استعمال السوط والعصا – ولا نوافق على ذلك.

وإشارته إلى أن الزوج يسقط حقه فى التأديب على المعاصى التى تبلغ حد الجريمة إذا بلغ الأمر إلى السلطة العامة، لأن الأمر هو فى الأصل من اختصاصها – يرجح ما نـراه من عدم الاعتراف للزوج بما يسمونه ولاية "التعزير". وأن الأمر يرجع فيه إلى القواعد العامة، إلا إذا قبلت الزوجة ذاتها تأديب الزوج لها؛ حتى لا يرفع أمرها إلى القضاء أو السلطة العامة، أو حتى لا يصل الخلاف إلى حد الفراق أو الطلاق.

ولا شـك فى أن بقـاء الخلافات الزوجية فى نطاق الأسرة أولى من الالتجاء إلى القضـاء وما يتبع ذلك من علانية وتشهير.. وخاصة إذا خاضت فيه الصحف كما يحدث كثيرا فى هذه الأيام.

لقـد عنى فقهاؤنا برسم الحدود التى تضمن عدم تهديد سلامة بدن الزوجة، ونحن نقـدر لهم ذلك، لكننا نرى أن تأمين الكرامة يستحق عناية أكثر؛ فلا يجوز أن نقرر لـلزوج حقوقـا تـرى فيها الزوجة أنها تمس كرامتها وما تتمتع به من حرمة وثقة بالنفس. ولذلك فإننا نؤثر عدم استعمال عبارة "التعزير" لأن كثيرين يَعُدُّونَه مرادفا لـلعقوبات الجنائية، وإن كنا أشرنا مرارا إلى أن ذلك ليس المقصود فى فقهنا حيث يشـير هـذا الاصـطلاح إلى تدابير عبادية كالصوم والكفارة وعتق الرقبة وإطعام المسـاكين، فضلا عن تدابير الإصلاح والتربية مثل الوعظ والنصح والتأنيب والهجر فى المضاجع وما إليها مما لا يصح عَدُّه ضمن "العقوبات".

وعـلى العمـوم، فإن تجاوز حدود الحق المقرر فى هذا النص يترتب عليه معاقبة الزوج إذا كان فعله يكوِّن جريمة ضرب أو جرح أو أى جريمة أخرى طبقا للقانون العام.

(عوده) ٣٥٨ ـ *(ثانيا) ـ تأديب الصغار* : للأب الحق فى تأديب أولاده الصغار الذين دون البلوغ، وللمعلم أيا كان مدرسا أو معلم حرفة تأديب الصغير، وللجد وللوصى تأديب من تحت ولايتهما، وللأم حق التأديب على رأى إذا كانت وصية على الصغير أو كانت تكفله، ولها هذا الحق فى غيبة الأب، وفيما عدا هذه الأحوال فليس لها حق التأديب على الرأى الراجح(١)...

٣٥٩ ـ *شروط تأديب الصغار* : ويشترط فى تأديب الصغار ما يشترط فى تأديب الزوجة. فيجب أن يكون التأديب لذنب فعله الصغير لا لذنب يخشى أن يفعله، وأن يكون الضرب غير مبرح متفقا مع حالة الصغير وسنه، وألا يكون على الوجه والمواضع المخوفة كالبطن والمذاكير، وأن يكون بقصد التأديب، وألا يسرف فيه، وأن يكون مما يُعَدُّ مثله تأديبا للصغير. فإذا كان الضرب فى هذه الحدود فلا مسئولية على الضارب؛ لأن الفعل مباح له.

٣٦٠ ـ *حكم السراية* : وإذا أدى الضرب إلى تلف الصغير أو تلف أحد أعضائه، فمالك وأحمد يريان أن المؤدب لا يضمن مادام الضرب مما يُعَدُّ مثله أدبا، وما دام التأديب فى حدوده المشروعة. فإن كان الضرب شديدا بحيث لا يُعَدُّ مثله أدبا فالمؤدب مسئول عنه جنائيا(٢)...

ويرى الشافعى أن المؤدب ضامن تلف الصغير وتلف أطرافه فى أى حال؛ لأن التأديب حقه وليس واجبا عليه، فله أن يتركه وله أن يفعله فإن فعله فهو مسئول عنه(٣)...

ورأى أبى حنيفة الشخصى أن الأب والجد والوصى يضمنون تلف الصغير أو تلف أطرافه، كما يضمن الزوج زوجته. ولكن هذا الرأى غير معمول به فى المذهب، بل إن بعض الفقهاء يرى أن أبا حنيفة عدل عنه. والرأى المعمول به فى المذهب هو رأى أبى يوسف ومحمد، وهما يريان أن الأب والجد والوصى مأذونون فى الفعل ولا مسئولية عما تولد عن فعل مأذون فيه. أما المعلم والمدرس، فيفرق أبو حنيفة وأصحابه

---

(١) أحكام القرآن للجصاص ج / ٢، ص / ١١، حاشية الطهطاوى ج / ٥ ص / ٢٧٥ ...
(٢) المغنى ج / ١٠ ص / ٣٤٩، ٣٥٠ ...
(٣) الأم ج / ٦ ص / ١٦٦ وما بعدها ...

〈عوده〉 بـين ما إذا كان الضرب بغير إذن الأب أو الوصي، وفى هذه الحالة يكون الضارب مسئولا جنائيا؛ لأنه متعد فى الضرب حيث ضرب من لم يؤذن له فى ضربه؛ فأما إذا كان الضرب بإذن الأب أو الوصى فلا مسئولية للضرورة؛ لأن المعلم إذا علم أنه يلزمه الضمان بالسراية يمتنع عن التعليم والناس فى حاجة إليه فأسقطوا اعتبار السراية فى حقه لهذه الضرورة. فمذهب أبى حنيفة وأصحابه فى تأديب الصغار يتفق مع مذهبى مالك وأحمد[1] فى النتيجة...

ويفرق بعض الحنفية بين ضرب التأديب وضرب التعليم، ويرون أن ضرب التأديب حق، وأن ضرب التعليم واجب، والأول مقيد بشرط السلامة والثانى غير مقيد. والتفرقة مقصورة على الضرب المعتاد فى الكم والكيف والمحل، أما غير المعتاد فموجب للضمان فى الكل أى فى ضرب التأديب وضرب التعليم[2]...

ونستطيع أن نميز على ضوء هذه التفرقة بين ضرب الزوج وغيره، فضرب الزوج للتأديب دائما، أما ضرب الأب والجد والولى والوصى والمعلم فقد يقصد به التعليم، وقد يقصد به التأديب، ولكن معنى التأديب يختلط بمعنى التعليم فى حالة الصغير؛ لأن كل تأديب له يقصد منه تعليمه أكثر مما يقصد منه زجره...

٣٦١ـ *الفروق بين المذاهب* : يختلف مذهب مالك والشافعى وأحمد عن مذهب أبى حنيفة فى أنهم يَعُدُّون التأديب بصفة عامة حقا لا واجبا، أما فى مذهب أبى حنيفة فيَعُدُّون تأديب الصغار واجبا بصفة عامة، أو واجبا على الأقل فى حالة ما إذا قصد به التعليم...

ويختلف مذهب الشافعى عن مذهبى مالك وأحمد فى أن الشافعى يقيد استعمال الحق بشرط السلامة، أما مالك وأحمد فلا يقيدان الحق بشرط ما دام الفعل قد وقع فى حدود الحق، ولذلك فمذهبهما فى نتيجته يتفق مع مذهب أبى حنيفة فى نتيجته ولو أن التأديب فى المذهب الأخير واجب لاحق...

---

(١) بدائع الصنائع ج / ٨ ص / ٣٠٥، حاشية الطهطاوى ج / ٤ ص / ٢٧٥...

(٢) حاشية الطهطاوى ج / ٤ ص / ٢٧٥

لا شك فى أن الصغير ناقص الأهلية، ولذلك فإن التأديب لازم لحمايته من أخطائه التى قد تضر به فى الحال أو فى المستقبل. وحق التأديب ثابت لكل من يتولى رعايته أو تهذيبه أو تعليمه، سواء فى ذلك الأب أو الأم أو الوصى. ولا نرى أى مبرر للتفريق بين الأم والأب فى هذا الحق، بل إن الأم أولى وأقرب للصغير وأحق الناس بتأديبه وتربيته، وهى التى تقوم بذلك عملا دائما، ولا يرفع الأمر للأب إلا فى حالات محدودة، ولذلك لا نوافق على ما سماه الرأى الراجح فى هذه المسألة.

وللمعلم والمربى حق التأديب ولكنه يمارسه بناء على تفويض صريح أو مفترض من ولى أمر الصبى. وهذا هو الحل الذى يمكن أن يسهل مهمة المدارس والمعلمين ويوجب التعاون بين المدرسة والأسرة فى هذا النطاق.

* * *

فيما يخص الضرر الذى يصيب الصغير فى سلامة جسمه واختلفت فيه الآراء، نرى أن يترك الأمر لقاضى الموضوع لتقدير مدى حسن نية المؤدب ومدى اتخاذه ما يلزم من احتياطات.

ومن ناحية أخرى، فإننا لا نرى مطلقا قياس حالة الأب أو المعلم على حالة الزوج التى بينا أنها لا تتجاوز تطبيق مبدإ الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر المتبادل الذى يتساوى فيه الطرفان، إلا فى حالة نشوز الزوجة برفض المعاشرة الزوجية التى هى حق للطرفين بمقتضى عقد الزواج.

إننا نفضل عدم وصف الإجراءات التى شرعها القرآن فى حالة النشوز بأنها "تأديب"، حتى لا يدعى البعض أن ذلك معناه أن الزوجة تصبح فى مرتبة الصغار القاصرين الذين يحتاجون إلى التأديب لحمايتهم من أخطائهم وانحرافاتهم – وهذا ما لا يجوز نسبته إلى فقهنا أو إلى شريعتنا التى سبقت جميع الشرائع القديمة والحديثة فى الاعتراف للنساء بالأهلية الكاملة والحق الكامل فى التصرفات المالية التى لم تعترف بها القوانين الأوربية إلا بعد تطور وكفاح طويل لم ينته بعد.

الفرع الثالث
في التطبيب

﴿عوده﴾ ٣٦٢ـ **إباحة التطبيب** : من المتفق عليه في الشريعة أن تعلم فن الطب فرض من فروض الكفاية، وأنه واجب حتم على كل شخص لا يسقط عنه إلا إذا قام به غيره. وقد عُدَّ تعلم الطب فرضا لحاجة الجماعة للتطبيب؛ ولأنه ضرورة اجتماعية. وإذا كان الغرض من تعلم الطب هو التطبيب، وكان تعلم الطب واجبا، فيترتب على هذا أن يكون التطبيب واجبا على الطبيب لا مفر له من أدائه. على أن التطبيب يُعَدُّ واجبا وفائيا كلما وجد أكثر من طبيب في بلدة واحدة، فإذا لم يوجد إلا واحد فالتطبيب فرض عين عليه أي أنه واجب غير قابل للسقوط. والنتيجة البديهية لحسبان التطبيب واجبا ألاَّ يكون الطبيب مسئولا عما يؤدي إليه عمله قياما بواجب التطبيب؛ لأن القاعدة أن الواجب لا يتقيد بشرط السلامة. لكن لما كانت طريقة أداء هذا الواجب متروكة لاختيار الطبيب وحده ولاجتهاده العلمي والعملي، فقد دعا ذلك إلى البحث فيما إذا كان يسأل جنائيا عن نتائج عمله إذا أدى عمله إلى نتائج ضارة بالمريض بحُسبان أنه حين يؤدي واجب التطبيب أشبه بصاحب الحق منه بمؤدي الواجب لما له من السلطان الواسع وحرية الاختيار في الطريقة والكيفية التي يؤدي بها عمله ...

وقد أجمع الفقهاء على عدم مسئولية الطبيب إذا أدى عمله إلى نتائج ضارة بالمريض، ولكنهم اختلفوا في تعليل رفع المسئولية. فأبو حنيفة يرى أن المسئولية ترتفع لسببين : أولهما الضرورة الاجتماعية، إذ الحاجة ماسة إلى عمل الطبيب، وهذا يقتضي تشجيعه وإباحة العمل له ورفع المسئولية عنه حتى لا يحمله الخوف من المسئولية الجنائية أو المدنية على عدم مباشرة فنه وفي هذا ضرر عظيم بالجماعة ... ثانيهما : إذن المجني عليه أو وليه، فاجتماع الإذن مع الضرورة الاجتماعية أدى لرفع المسئولية[1] ...

ويرى الشافعي أن علة رفع المسئولية عن الطبيب أنه يأتي فعله بإذن المجني عليه، وأنه يقصد صلاح المفعول ولا يقصد الإضرار به، فإذا اجتمع هذان الشرطان كان

---

(١) بدائع الصنائع ج / ٧ ص / ٣٠٥ ...

<عوده> العمل مباحا للطبيب وانتفت مسئوليته عن العمل إذا كان ما فعله موافقا لما يقول به أهل العلم بصناعة الطب[1]. ويتفق رأي أحمد مع رأي الشافعي[2] ...

أما مالك، فيرى أن سبب رفع المسئولية هو إذن الحاكم أولا، وإذن المريض ثانيا، فـإذن الحاكم يبيح للطبيب الاشتغال بالتطبيب، وإذن المريض يبيح للطبيب أن يفعل بالمريض ما يرى فيه صلاحه، فإذا اجتمع هذان الإذنان فلا مسئولية على الطبيب ما لم يخالف أصول الفن أو يخطئ في فعله[3] ...

وعـلى هذا فالطبيب غير مسئول عن عمله؛ لأن من واجبه أن يؤديه، ولا يسأل عن نتائج عمله ولو أن له حرية كاملة في اختيار هذا العمل وفي اختيار الطريقة التي يـؤدي بهـا هذا العمل، لو جرح الطبيب شخصا فمات أو أعطاه دواء فأحدث له تسمما أدى لموته فلا مسئولية على الطبيب من الناحية الجنائية أو المدنية .

٣٦٣ـ *حسـن الـنية* : والمفـروض في الطبيب أنه يؤدي عمله بقصد نفع المريض وبحسـن نية، فإذا قصد قتل المريض أو كان سيئ النية في عمله فهو مسئول عن فعله جـنائيا ومدنيـا، ولو لم يؤد فعله إلى الوفاة أو إحداث عاهة، بل ولو أدى فعله إلى إصلاح المريض؛ لأن فعل الطبيب في هذه الحالة يقع فعلا محرما معاقبا عليه ...

٣٦٤ـ *خطـأ الطـبيب* : إذا أخطأ الطبيب في عمله فإنه لا يسأل عن خطئه إلا إذا كـان خطـأ فاحشا، والخطأ الفاحش هو ما لا تقره أصول فن الطب ولا يقره أهل العلم بفن الطب. ويضرب الفقهاء مثلا على الخطإ غير الفاحش قصة صبية سقطت من سطح فانتفخ رأسها فقال كثير من الجراحين إن شققتم رأسها تموت، وقال واحد منهم إن لم تشقوه اليوم تموت وأنا أشقه وأبرئها، فشقه فماتت بعد يوم أو يومين، ولما سـئل في ذلـك أحد الفقهاء المشهورين أفتى بأنه ما دام الشق بإذن، وما دام الشق معـتادا ولم يكن فاحشا خارج الرسم أي: لم يكن هناك خروج فاحش على القواعد الفـنية المرسومة لهذا الشق، فإن الطبيب لا يضمن أي: لا يسأل جنائيا ولا مدنيا. فقيل

(١) نهاية المحتاج ج / ٨ ص /٢ ...
(٢) المغنى الجزء العاشر ص / ٣٤٩، ٣٥٠ ...
(٣) مواهب الجليل ج / ٦ ص /٢٣١...

〈عوده〉 لــه: فإن قال الطبيب إن ماتت فأنا ضامن هل يضمن؟ فقال: إنه لا يضمن؛ لأن ضمان الطبيب يترتب على خطئه الفاحش لا على تعهده بنجاح العملية[1] ...

٣٦٥ ـ *إذن المـريض* : ويشــترط لــرفع المسئولية عن الطبيب أن يأتي الفعل بإذن المريض أو بإذن وليه أو وصيه، فإن لم يكن للمريض ولي أو وصي، وجب إذن الحاكم باعتباره ولي من لا ولي له، وإذن الحاكم في إجراء جراحة لمريض لا ولي له يختلف عن إذن الحاكم للطبيب في مباشرة التطبيب بصفة عامة ...

---

(١) حاشية الطهطاوي ج / ٤ ص / ٣٧٦ ...

❁ 362 – 365 – الطب واجب كفاية وحكم أخطاء الطبيب:

من واجبات الجماعة كلها أن توفر العلاج للمرضى من أفرادها، وهذا هو أساس مـــا يســـمى فى العصر الحاضر بنظام التأمين الصحى الذى أصبح من أهم علامات الـــتقدم الاجتماعى فى أيامنا، وقد سبقت الشريعة جميع الشرائع إلى تقرير هذا المبدإ بعَدِّه من فروض الكفاية.

سبق أن قلنا إن شريعتنا تميزت بما تسميه فروض الكفاية التى يأثم جميع أفراد المجتمع إذا لم يقـــم واحد منهم بها – ولا نظير لهذه الفكرة فى أى شريعة فى الماضى أو الحاضر. كما أنها لا تقتصر على الطب، بل تمتد إلى جميع ما يحتاج إليه الفرد لحياته بما فى ذلك ما يكفيه من طعام وشراب ومسكن لائق وكل ضرورات حياته الإنسانية بل والأسرية.

ومـــا دام الطب واجبا، فإن عمل الطبيب يكون مباحا، ولا يمكن مساءلته عنه، طالما أنه يلتزم بحدود مهنته وعلمه ويعمل بقصد العلاج.

* * *

يحدث فى كثير من الأحيان أن يفشل الطبيب فى علاجه، وكثيرا ما يموت المريض أو يصاب بضرر برغم العلاج، وهنا يسارع البعض لاتهام الطبيب بالتقصير أوالجهل أو الخطإ، برغم المثل الشائع "خطأ الطبيب إصابة القدر".

والإسراف فى اتهام الأطباء قد يؤدى إلى صرفهم عن الإقدام على القيام بمهمتهم، لذلك فقد استقر الجميع على أنه لا يمكن مساءلة الطبيب إلا إذا كان خطؤه فاحشا أو كان خارجا عن "أصول المهنة"، وهذه الأصول يحددها الخبراء والأطباء.

وزيـــادة فى الاحـــتياط، فقد جرى الأطباء على الحصول على موافقة خطية من المـــريض أو ولى أمـــره عـــلى إجـــراء بعض العمليات الخطيرة إذا كان العلاج فيه احتمالات الفشل أو الضرر، وإن كان ذهاب المريض للطبيب فى ذاته يُعَدُّ موافقة منه على العلاج أو طلبه ...

<عوده> ٣٦٦ ـ *إذن ولي الأمر*: وليس في الشريعة ما يمنع ولي الأمر من أن يشترط في الطبيب أن يكون على درجة معينة من العلم، وأن تتوافر فيه مؤهلات خاصة، وألاّ يباشر التطبيب إلا إذا رخص له ولي الأمر بمباشرته. وقد جعل مالك إذن الحاكم في التطبيب شرطا في انتفاء المسئولية عن الطبيب كما قدمنا ...

ومن تطبب وهو غير طبيب كان مسئولا عن عمله لقوله ﷺ : "من تطبب ولم يعرف الطب فهو ضامن"، فإن قصد العدوان والإضرار فهو متعمد، وإن لم يقصد الإضرار بالمريض ولا العدوان فهو مخطئ على رأي ومتعمد على رأي[1]، والرأي الأول هو الراجح ...

٣٦٧ ـ *شروط عدم المسئولية* : يستنتج مما سبق أنه يشترط لعدم المسئولية عن التطبيب الشروط الآتية :

(١) أن يكون الفاعل طبيبا...

(٢) أن يأتي الفعل بقصد العلاج وبحسن نية...

(٣) أن يعمل طبقا للأصول الطبية...

(٤) أن يأذن له المريض أو من يقوم مقامه كالولي ...

فإذا توافرت هذه الشروط في التطبيب فلا مسئولية، وإن انعدم أحدها كان الفاعل مسئولا.

٣٦٨ ـ *الملحقون بالأطباء، ويلحق بالطبيب البيطار والحجام والخاتن، وحكمهم جميعا حكم الطبيب من حيث المسئولية*: ويشترط في عملهم ما يشترط في عمل الطبيب. فيجب في الختان مثلا أن يكون الفاعل خاتنا، وأن يأتي الفعل بحسن نية وبقصد الختان، وأن يعمل طبقا للأصول الفنية، وأن يأذن له المختون أو من يقوم مقامه كالولي ...

٣٦٩ ـ *بين الشريعة والقوانين الوضعية* : تتفق القوانين الوضعية مع الشريعة الإسلامية في عَدِّ التطبيب عملا مباحا، كما تتفق مع الشريعة في الشروط التي تمنع من المسئولية فتستلزم أن يكون الفاعل طبيبا، وأن يأتي الفعل بقصد العلاج وبحسن نية، وأن يعمل طبقا للأصول الفنية، وأن يأذن له المريض في الفعل ...

---

(١) شرح الزرقاني على مختصر خليل ج /٨ ص / ١١٦، ١١٧، نهاية المحتاج ج/٨ ص/٣٢ ...

〈عوده〉 وتَعُدُّ القوانين الوضعية التطبيب حقا، بينما تَعُدُّه الشريعة واجبا. ولا شك في أن نظرية الشريعة أفضل؛ لأنها تلزم الطبيب بأن يضع مواهبه في خدمة الجماعة، كما أنها أكثر انسجاما مع حياتنا الاجتماعية القائمة على التعاون والتكاتف وتسخير كل القوى لخدمة الجماعة...

وقد اختلف شراح القوانين ورجال القضاء في تعليل ارتفاع المسئولية عن الطبيب[1]. فذهب الفقه والقضاء في إنجلترا إلى أن سبب عدم المسئولية هو رضاء المريض بالفعل، وأخذ بهذا الرأي بعض الشراح في ألمانيا وفرنسا، وحكمت به المحاكم في فرنسا ومصر قديما[2]. وذهب كثير من الشراح الفرنسيين إلى أن سبب ارتفاع المسئولية هو انعدام القصد الجنائي؛ لأن الطبيب يفعل الفعل بقصد شفاء المريض، وقد أخذ القضاء المصري وقتا ما بهذا الرأي[3]. والرأي الأخير الذي يسود اليوم في مصر وفرنسا هو أن التطبيب عمل مشروع تبيحه الدولة وتنظمه وتشجع عليه؛ لأن الحياة الاجتماعية تقتضي ذلك. وهذه التعليلات على اختلافها هي نفس التعليلات التي ذكرها الفقهاء الإسلاميون لعدم مسئولية الطبيب إذا أدى عمله إلى نتائج ضارة بالمريض ...

(١) القانون الجنائي لعلي بدوي ص / ٤٠٠ ومابعدها، شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسي والسعيد مصطفى ص / ٤٢٢ ...

(٢) نقض ٢٤ إبريل سنة ١٨٧٩، القضاء السنة الرابعة ص / ٢٥١ ...

(٣) نقض في ١٨ إبريل سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية س/١٨ رقم ١٨ ص / ٣١ ...

نظرا لأن العلاج فى الأصل واجب كفاية على المجتمع كله – وما لا يتم الواجب إلا بـه فهو واجب – لذلك فإنه على الجماعة أن توفر المؤسسات اللازمة لتخريج الأطباء وتدريبهم، وأن تفرض شروطا على من يزاولون هذه المهنة، أولها أن يكونوا حاصلين على مؤهل علمى كاف، وأن توجد مؤسسة تعطى لذوى المؤهلات الإذن بمزاولة المهنة. وهذا كله تطبيق لمبدإ عَدِّ الطب واجب كفاية، أى أنه واجب فى الأصل على الجماعة ذاتها؛ فمن يمارسون المهنة يعملون نيابة عنها وبإذنها.

وعليه فإن مجرد مزاولة تلك المهنة دون إذن يكون خطأ كافيا يترتب عليه المسئولية المدنية والجنائية، كمن يقود سيارة أو طائرة دون الحصول على رخصة بذلك. ويكفى للمسئولية تخلف شرط من الشروط الأربعة التى أشار إليها.

* * *

إلى جانب الأطباء، يوجد فى المجتمع طوائف تمارس مهام مكملة للطب، وفى كثير من الأحيان لا يشترط فيهم إذن رسمى أو رخصة أو مؤهل علمى، بل يكتسبون خبرهم بالتدريب العملى والعرف الشعبى. ومن أهم أمثالها المولدات (الداية أو القابلة) وحلاق الصحة، ومن ذكرهم فى المتن. وإذا كانت الحكومات قد أصبحت تعطى ترخيصا لأمثال هؤلاء وخصوصا الممرضين والممرضات فإن العرف الشائع فى بعض المجتمعات يكفى ...

كما أن القوانين الوضعية واللوائح أصبحت تضع شروطا كثيرة للمؤسسات العلاجية ومزاولة مهنة الطب والمهن المكملة له والتمريض وما إليه، ومخالفة هذه الأنظمة يُعَدُّ قرينة على الخطإ فى حالة حدوث نتائج ضارة عن عمل الطبيب أو من يقوم بعمل مماثل أو مكمل.

الفرع الرابع
في ألعاب الفروسية

〈عوده〉 ٣٧٠ـ *حكم الشريعة في ألعاب الفروسية* : تحتفل الشريعة بألعاب الفروسية وتحض عليها بحُسبانها مقوية للأجسام منشطة للعقول، كما أنها مظهر للمهارة ودعوة للشجاعة والفتوة. وتشمل ألعاب الفروسية في الشريعة ما نسميه اليوم بالألعاب الرياضية وألعاب الفروسية والسباق، فكل ذلك يدخل تحت مدلول لفظ الفروسية ...

وتجيز الشريعة من أنواع الفروسية كل ما يؤدي إلى التفوق في القوة والمهارة مما ينفع الجماعة وقت السلم أو وقت الحرب، كالمسابقة بالأقدام، وسباق الخيل، وسباق السفن والسيارات والطائرات، وسباق الطير وما أشبه، وكاللعب بالشيش والمزاريق والسيوف والعصى، وكالرماية بالنبال والمنجنيق والأسلحة النارية، وكالمصارعة والملاكمة والعلاج[1] أي : رفع الأثقال وشد الحبل والسباحة وغيرها...

وتمتاز الشريعة الإسلامية بأنها جاءت صريحة في الأمر بالفروسية والترغيب فيها وذلك قوله ﷻ:﴿وأعدُّوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل﴾ [الأنفال: ٦٠]. وقول الرسول ﷺ "ألا إنَ القوة الرمي ... ألا إن القوة الرمي". وقوله : "المسلم القوى خير من المسلم الضعيف". وقوله: "إن الله يدخل بالسهم الواحد ثلاثة في الجنة: صانعه يحتسب في صنعه الخير، والرامي به، ومنبله. ارموا واركبوا، وأن ترموا أحب إليَّ من أن تركبوا. وليس من اللهو إلا ثلاث: تأديب الرجل فرسه، وملاعبته أهله، ورميه بقوسه ونبله، ومن ترك الرمي بعد ما علمه رغبة منه فإنها نعمة تركها"...

ولقد ثبت عن النبي ﷺ أنه سابق بالأقدام، وثبت عنه أنه سابق بين الإبل، وثبت عنه أنه سابق بين الخيل، وثبت عنه أنه حضر نضال السهام وصار مع إحدى الطائفتين، فأمسكت الأخرى وقالوا : كيف نرمي وأنت معهم ؟ فقال: "ارموا وأنا معكم كلكم"، وثبت أنه صارع ركانة، وثبت عنه أنه طعن بالرمح وركب الخيل مسرجة ومعراة ...

ولقد حرص أصحاب الرسول على تنفيذ هذه النصوص والعمل بها. من ذلك ما رواه مصعب بن سعد قال: كان سعد يقول: أي بني: تعلموا الرماية فإنها خير لعبكم.

---

(١) يعبر الفقهاء عن رفع الأثقال بالعلاج، راجع كتاب الفروسية لابن القيم ص / ٧ ...

⟨عوده⟩ وكتب عمر بن الخطاب إلى أبي عبيدة بن الجراح "أن علموا غلمانكم العوم ومقاتلتكم الرمي". وكتب إلى عامله بآذربيجان كتابا جاء فيه: "اخشوشنوا، واخلولقوا[١]، واقطعوا الركب[٢]، وانزوا على الخيل نزوا، وارتموا الأغراض[٣]" ...

والأصل في الشريعة الإسلامية أن كل ما ينفع الأمة في دينها أو دنياها من علم أو فن أو صناعة، فهو من فروض الكفاية، وتعلمه واجب على الأمة ولاخيار لها في الأخذ به أو تركه. وعلى هذا، تكون الفروسية - بما يدخل تحتها من ضروب المهارة والقوة والتفوق - فرضا من فروض الكفاية، وواجبا على الأفراد ليس لهم أن يتخلوا عنه ...

وتجيز الشريعة العوض في الرمي وفي المسابقة تشجيعا للأفراد على الإقدام عليها والتفوق فيها. وللفقهاء آراء مختلفة فيما يجوز فيه العوض وما لا يجوز فيه[٤] ...

ويرى مالك أن يكون العوض دائما من بيت المال؛ لأن ألعاب الفروسية تعود منفعتها للجماعة، وهي إعداد عسكري للأفراد. ولكن أبا حنيفة والشافعي وأحمد يجيزون أن يكون العوض من بيت المال، أو من مال غير اللاعبين، أو من مال أحد اللاعبين دون الآخر بحيث إذا تفوق الآخر أخذ العوض، وإن لم يتفوق لم يأخذه[٥] ..

٣٧١ـ *حكم إصابات اللعب* : وألعاب الفروسية قد تؤدي إلى إصابات تقع على اللاعبين أو على غيرهم، فإن نشأت هذه الإصابات عن لعبة لا تقوم على استعمال القوة والعنف بين اللاعبين، وليس في ممارستها ما يستلزم استعمال القوة مع الخصم أو يحتم ضربه أو يعرضه للجرح، فمثل هذه الإصابات تحكمها قواعد الشريعة العامة؛

---

(١) اخلولقوا أي تهيأوا لمايراد منكم، وكونوا خلقاء به جديرين بفعله ...

(٢) أمرهم بقطع الركب حتى لايعتادوا الركوب دائما بالركاب...

(٣) ارتماء الأغراض هو رمي الأهداف...

(٤) يرى البعض أن العوض لايكون إلا في الرمي وفي مسابقة الخيل والإبل، ويراه البعض جائزا في المسابقة بالأقدام وفي المصارعة والسباحة ورفع الأثقال والمشابكة بالأيدي وفي سباق البغال والحمير والبقر والفيلة. والفريق الأول هم المالكية والحنابلة، والفريق الثاني هم الحنفية والشافعية على خلاف بينهم...

(٥) مواهب الجليل ج/٣ ص/٣٩٠ وما بعدها، حاشية ابن عابدين ج/6 ص٦٥٧، مجمع النهر ج/٢ ص/٥٢٦، تحفة المحتاج ج/٤ ص/٢١٥ وما بعدها، المغني ج/١١ ص/١٢٨ وما بعدها، الفروسية ص/٦٩ وما بعدها ...

﴿عوده﴾ لأنها ليست من ضروريات اللعبة، فإن تعمدها أحد فهو مسئول عنها بحسبانها جريمة عمدية، وإن وقعت نتيجة إهمال أو رعونة فهو مسئول عنها بحسبانها جريمة غير عمدية ... أما الألعاب التي تستلزم استعمال القوة مع الخصم كالمصارعة أو تستلزم الضرب كالملاكمة والتحطيب، فإن الإصابات الناشئة عنها لاعقاب عليها إذا لم يتعد محدثها الحدود المرسومة للعب؛ لأن وجوب ممارسة اللعبة يقتضي بذاته إباحة ما يصحبها عادة من إصابات في الحدود المعروفة، فإذا تعدى اللاعب حدود اللعب وأحدث بزميله إصابة ما، فهي جريمة عمدية إذا تعمدها، وجريمة غير عمدية إذا لم يتعمدها ...

٣٧٢ـ *بين الشريعة والقانون* : هذا هو حكم ألعاب الفروسية في الشريعة الإسلامية. أما حكمها في القوانين الوضعية فغير متفق عليه. فبعض البلاد يَعُدها أفعالا مباحة، وبعضها يَعُدُّ ما يحدث عنها من ضربات أو إصابات جرائم، وبعض ولايات أمريكا المتحدة تأخذ بالفكرة الأولى، وبعضها يأخذ بالفكرة الثانية. وتقضي المحاكم في بلجيكا بالعقوبة على ما يحدث من إصابات نتيجة ممارسة الألعاب الرياضية، بينما تقضي المحاكم في فرنسا بالبراءة. والسائد في إنجلترا وإيطاليا وألمانيا أن الألعاب الرياضية مشروعة في حدود معينة ولا يترتب عليها أي مسئولية، وفي مصر وفرنسا يرى البعض ارتفاع المسئولية، ويرى البعض المسئولية، والرأي الأول هو الراجح... واختلف شراح القوانين في سبب ارتفاع المسئولية، فقال البعض إنه انعدام القصد الجنائي، وقال البعض إنه رضاء المجني عليه، وقال البعض الأخير بأن الدولة تَعُدُّ الألعاب مشروعة فتبيحها وتشجع عليها، فمن يمارسها فإنما يمارس حقا خوله له القانون، وممارسة الحق لايترتب عليها مسئولية(١). وهذا الرأي هو أحدث الآراء وأرجحها، والعمل به يؤدي إلى نفس النتائج التي تؤدي إليها نظرية الشريعة الإسلامية. والفرق الوحيد بين نظرية الشريعة وهذا الرأي أن الشريعة ترى في ألعاب الفروسية واجبا على الأفراد، بينما هى طبقا لهذا الرأي حق لا واجب ...

---

(١) القانون الجنائي لعلي بدوي ص/٣٩٨، شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسي والسعيد مصطفى ص/٤٢١ : ٤٢٢ ...

﴿عوده﴾ ونظرية الشريعة أدق منطقا؛ لأن العاب الفروسية ضرورة اجتماعية اقتضتها مصلحة الأفراد والجماعة من الوجهات الصحية والخلقية والحربية والاجتماعية، ولا توجـد دولة اليوم إلا وتحض عليها وتشجعها وتلقنها للنشء في المدارس كما تلقن العـلوم الضـرورية. بل إنها أصبحت من العلوم الأولية في المدارس التي تُعِدُّ رجال الشرطة والجيش. وإذا كان لألعاب الفروسية هذه المنزلة في حياة الأمة، فمَن المنطق أن تُعَـدَّ واجبا على الأفراد لا حقا لهم؛ لأن الواجب هو ما لا يستطيع التخلي عنه، أما الحق فلا حرج على صاحبه أن يأتيه أو يتركه...

❁ 370 – 372 – الألعاب الرياضية وما يترتب عليها :

تُعَـــدُّ ممارســـة الرياضة ضرورة صحية، ولذلك فإن شريعتنا توجب على المجتمع توفير أسبابها، وتُعَدُّ كذلك من فروض الكفاية. والسبب هو أن صحة الأجسام تدخل ضمن الاستعداد للدفاع ومقاومة العدوان على الشعب والوطن، وما يدخل فى باب الرياضـــة يـــرجع فيه إلى الرأى العام، وكثيرا ما تستحدث رياضات جديدة، ومن واجب الجماعة تنظيم ممارسة الألعاب التى قد يترتب عليها مخاطر معينة، والعرف هو الذى يضع لكل لعبة أصولها وقواعدها.

وطالما أن اللاعب التزم بأصول اللعبة، فإنه لا يؤاخذ حتى ولو كان الفعل يكون جـــريمة، كجـــريمة الضرب فى الملاكمة وأمثالها، أو يحدث ضررا. لكن إذا خرج عن حدود اللعب أو قصد الإساءة فإن القواعد العامة تطبق بما فى ذلك العقوبات الجنائية والتعويض المدنى.

ولاشـــك فى أن ممارسة الرياضة يكون عملا اختياريا، ومعنى ذلك أن من يشارك فى اللعب يقبل مقدما كل ما يدخل فى نطاقها عرفا.

وقـــد أصـــبح للرياضـــة أهمية خاصة فى العصر الحاضر بسبب حماسة الجماهير واندفـــاعهم فى تأييد الفرق الرياضية، مما يترتب عليه مشاحنات ومصادمات، لذلك فـــإن القوانـــين الوضعية واللوائح تزداد لتنظيم التدريب على الرياضة وتنظيمها بل ومشاهدتها.

ولا تكـــتفى شريعتنا بفرض الكفاية على المجتمع، بل إن مزاولة الرياضة واجب فـــردى على كل مواطن ليُعدَّ نفسه للدفاع عن نفسه وعن أسرته ووطنه. وقد أشرنا مـــن قـــبل إلى أن ذلك هو أساس مبدإ الخدمة العسكرية الإجبارية، ولذلك فإن من أوائـــل عناصر هذه الخدمة التدريبات الرياضية التى ترفع مستوى الكفاءة الصحية. وإذا كـــانت بعـــض الدول تلغى مبدأ الخدمة العسكرية الإجبارية، فإن ذلك يوجب اهتماما أكبر بتشجيع الرياضة البدنية وتوفير أسبابها، لأن الفرد قد يضطر للدفاع عن نفسه وأسرته بل ووطنه برغم أنه لا يدخل ضمن الجيش النظامى ...

الفرع الخامس
إهدار الأشخاص

﴿عوده﴾ ٣٧٣ـ *معنى الإهدار* : الإهدار هو الإباحة، ويقع على نفس الشخص أو على طرفه أو على ماله. فإذا وقع الإهدار على نفس شخص أبيح جرحه أو قطعه أو قتله، وإذا وقع الإهدار على طرف شخص لم يبح من الشخص إلا قطع هذا الطرف، وإذا وقع الإهدار على مال شخص أبيح ماله كإباحة مال الحربي. والمقصود من هذا البحث إهدار الأشخاص لا إهدار الأموال ...

ونستطيع أن نعرف إهدار الشخص بأنه إباحة نفس الشخص أو طرفه، كما نستطيع أن نعرف الشخص المهدر بأنه من أبيحت نفسه أو طرفه ...

❁ 373 – التعريف :

سنقدم للقارئ تعريفنا للإهدار قبل أن نعرض الأحكام الخاصة به. وسيرى القارئ أن بعض الأحكام التى ننتهى إليها تختلف عما قدمه فقيهنا. وسنده أنه نقلها عن بعض كتب الفقه، وحجتنا أننا ننطلق من المبادئ الأساسية والنظريات العامة التى ذكر بعضا منها فى صدر بحثه لتأكيد أهميتها.

أول هذه المبادئ أن العقوبة الجنائية حق للمجتمع لأن نظامه وأمنه هو المجنى عليه دائما فى كل الجرائم بلا استثناء.

ينتج عن ذلك فى نظرنا أن الجزاءات الأصلية فى جميع الجرائم هى تعازير تقررها الجماعة ويقدرها أولو الأمر الذين تفوضهم لذلك فى نطاق مبادئ الإسلام وأصول شريعته، وأن عقوبات الحدود والقصاص التى أوجبتها نصوص الكتاب والسنة فى بعض الجرائم المهمة هى عقوبات تطبق فى حالات محدودة وبشروط استثنائية تجعلها واجبة ومقدرة شرعا، لكنها تسقط لأى شبهة، وسقوطها لا يلغى حق المجتمع فى التعزير الذى هو الأصل فى نظرنا.

* * *

وحالات الإهدار التى نستعرضها فى هذا الفرع هى قسمان يجب التمييز بينهما فى نظرنا :

أولهما، حالات الإهدار التى تبيح أفعال العدوان على الأشخاص بِعَدِّها من أعمال القتال التى تجيزها حالة الحرب فى جميع الشرائع وجميع العصور، وهذه الإباحة مقصورة فى نظرنا على أعمال القتال فى حالة الحرب. وهنا يكون الإهدار مطلقا وسببا من أسباب الإباحة، لأن كل مقاتل يتعرض للقتل ويمارس حق الدفاع الشرعى عن شخصه، بل عن أمته، ووطنه، وعقيدته وهو حق مشروع لا جدال فيه.

* * *

أما القسم الثانى، فيشمل عقاب من ارتكبوا جريمة ليستحقوا بسببها عقوبة حد أو قصاص متلفة مقدرة وواجبة شرعا.

❁ لنا رأى يخالفه ونرى أن الاهدار المطلق يكون فى حالة الحرب :

وثبوت استحقاق العقوبات المتلفة المقدرة لا يكون فى نظرنا إلا بحكم قضائي بعد محاكمة شرعية. وهنا يكون الإهدار مطلقا يبيح للقاضى بحسبانه ممثل الجماعة أن يحكم بإدانة مرتكب الجريمة وعقوبته المقدرة المتلفة للنفس أو الأطراف.

فالإباحة الكاملة هنا للقضاء الذى يمثل المجتمع فى الحكم بالإدانة والعقوبة ويأمربتنفيذها ويشرف عليه – لذلك تمتد الإباحة إلى من ينفذون العقوبة بأمره وتحت إشرافه.

أما بالنسبة للأفراد، فإنه لا توجد فى نظرنا إباحة ولا إهدار كامل مطلق. فمن ينتقم ممن ارتكب جريمة عقوبتها متلفة مقدرة دون حكم قضائى يبقى عمله جريمة معاقبا عليها فى نظرنا، لكن عقوبته تعزيرية إذا كان قد اعتقد أن من حقه أن يمثل الجماعة فى معاقبة الجانى، فى هذه الحالة توجد شبهة تسقط الحد أو القصاص ويراعى فى تقدير الجزاء التعزيرى ظروف الفعل والفاعل .

ومعنى ذلك، أن الإهدار هنا بالنسبة للفرد، ولو كان هو المجنى عليه، هو إهدار نسبي محدود – فى حالة الاعتداء على شخص يستحق عقوبة بدنية مقدرة (قتل أو قطع عضو) بسبب ارتكابه جريمة يعاقب عليها بتلك العقوبة حدا أو قصاصا، ومعنى النسبية أنه يبيح للمجنى عليه أو ولى الدم حق طلب القصاص من القضاء أو التنازل عنه.

* * *

رأينا إذن هو أن الإهدار فى هذه الحالات يكون مطلقا فقط للجماعة ممثلة فى القضاء ومن ينفذون أحكامه، فعملهم مباح لأن الجماعة لها حق توقيع العقوبات وتنفيذها. ونرى أن الذى يمثلها هو القضاء والسلطة العامة وحدها، أما الأفراد فلا يجوز لهم توقيع الحد أو القصاص مباشرة، بل كل ما لهم هو الالتجاء للقضاء .

فى نظرنا أن الإهدار بالنسبة للأفراد يكون نسبيا فقط، لأن ثبوت ارتكاب المجنى عليه فعلا يستحق الجزاء الذى قررته الشريعة إنما يحكم به القضاء وحده، أما إذا قام الفرد بتوقيعه فقد يُعَدُّ أن هناك مجرد شبهة تمنع فرض عقوبة الحد أو القصاص على من اعتدى على شخص استحق تلك العقوبة، وهى شبهة تسقط الحد أو القصاص، بسبب أن الجانى معذور إذا اعتقد أن له الحق فى تنفيذ تلك العقوبة لأن المجنى عليه يستحق ذلك شرعا وظن أن من حقه تنفيذ العقوبة دون حاجة لحكم قضائى أو دعوى جنائية، وهذا

❀ لا نقر بحق الفرد فى توقيع عقوبة الحد أو القصاص لأى سبب من الأسباب:

ظـــن خاطئ، ولذلك فإن من يفعل ذلك يستحق التعزير عن الجريمة التى ارتكبها (وهو العقوبة الأصلية فى جميع الجرائم) – وفعله يكون جريمة عادية تستحق التعزير الذي لا يسقط، ولو سقط الحد أو القصاص لوجود شبهه .

إن فعلـــه من توقيع عقوبة الحد أو القصاص على من يدعي أنه يستحقها شرعا لم يكن مباحا له فى نظرنا، وإن كان مباحا للقضاء الذى له وحده حق توقيع العقوبات بجميع أنواعها مستعملا حقا ثابتا للمجتمع، والذى يمثله هو القضاء وحده، ولا يجوز فى نظـــرنا للأفراد أن يدَّعوا لأنفسهم الحق فى توقيع جزاءات جنائية بحجة أنها حدود أو قصاص أى عقوبات مقدرة مفروضة.

وقد أشرنا فيما مضى إلى أننا نلتزم بهذا المبدإ – وهو عمومية الدعوى الجنائية فى جميـــع الأحـــوال، بما فى ذلك الجرائم المعاقب عليها بالقصاص التى جرى كثير من الفقهـــاء على عَدِّ الدعوى حقا للمجنى عليه فيها. وقد قلنا إن حق المجنى محصور فى طـــلب العقوبـــة القصـــوى، وهى القصاص، لكن هذا الطلب لا بد أن يفصل فيه القضاء. والأمر كذلك من باب أولى فى جرائم الحدود.

* * *

إن القصاص البدنى عقوبة استثنائية مقدرة لسبب اعتداء على سلامة الأشخاص أو حيـــاتهم، وقد قصد بها تأكيد مبدإ أساسى فى شريعتنا هو تكافؤ الدماء وتساوى الأفراد فى حقهم فى سلامة الأبدان – نتيجة لمبدإ المساواة بين أفراد المجتمع.

وإذا كـــان هناك من يوصفون بأنهم مهدرون بسبب ارتكابهم الجرائم التى يعاقب عـــليها بـــالحد أو القصـــاص، فإن معنى الإهدار بالنسبة لهم هو أنه يباح للجماعة (بواسطة من يمثلها وهو القضاء) الحق بالحكم عليهم بالعقوبة المقدرة حدا أو قصاصا، وســـبب إهـــدار دمهم أو سلامة أبدانهم – أو شرطه – هو الحكم القضائى عليهم بالعقوبـــة المقـــدرة، متى ثبت قضائيا ارتكابهم هذه الجرائم وأنهم يستحقون عقوبتها المقدرة بحكم القضاء. فى هذه الحالة إذا بادر المجنى عليه وولى دمه (في الجريمة الأولى) بالاعـــتداء عـــلى من يستحق عقوبة القصاص، فإن عمله جريمة (ثانية) يعاقب عليها (لكـــن عقابـــه يكون تعزيرا لأن استحقاق المجنى عليه في هذه (الجريمة الثانية) عقوبة مقدرة حدا أو قصاصا يصبح شبهة تسقط حق المجني عليه (في الجريمة الثانية) فى أن يطلب

القصاص ممن يعتدى عليه، ولاحق لولى الدم فى ذلك من باب أولى (فى حالة الوفاة) - لأن ثبوت ارتكابه الجريمة (الأولى) المعاقب عليها بالحد أو القصاص شبهة تسقط الحد أو القصاص عمن يرتكب ضده فعلا مماثلا لعقوبة الجرائم التى ارتكبها، لأننا نرى أن المبدأ الأساسى هو أن استحقاق الشخص عقوبة القصاص أو الحد لايثبت إلا بحكم قضائى شرعى، فلا يكفى أن يدَّعى أى فرد آخر على إنسان أنه يستحق القصاص أو الحد لكى يباح له أن ينفذ هو تلك العقوبة .

وعدم توقيع عقوبة الحد أو القصاص على من اعتدى على مثل هذا الشخص ليس إلا نموذجا لاتجاه عام أشرنا إليه مرارا - هو أن هذه العقوبات البدنية القصوى الاستثنائية يجب تضييق نطاق تطبيقها، مع بقاء المبدإ الأصلى وهو التعزير لتأكيد الحصانة الخاصة التى تسبغها شريعتنا على حق الإنسان فى حياته وسلامة بدنه إلى أن يصدر ضده حكم قضائى بعد محاكمة شرعية عادلة.

ونعتقد أن هذا الاتجاه لتضييق نطاق الحدود والقصاص يؤيده فى عصورنا جميع من يدافعون عن حقوق الإنسان، وبعضهم يتخذون ذلك حجة للاعتراض على عقوبة الإعدام والعقوبات البدنية عموما ويلحون فى استبعاد عقوبة الإعدام، وقد سبقتهم شريعتنا لذلك بتضييق نطاقها، لأن وسطية الشريعة استوجبت التوفيق بين مقصدين من مقاصدها السامية، أولهما : وجوب الجزاء على الجريمة دائما عندما تثبت الجريمة بحكم قضائى - (لكنه جزاء تعزيرى في الأصل).

وثانيهما : عدم وجوب القصاص أو الحد كلما وجدت شبهة لأن تضييق نطاق العقوبات البدنية من المقاصد السامية لشريعتنا، لكن التعزير يبقى دائما حقا للجماعة، وهو واجب عندما يتعطل الحد لسبب الشبهة، والتعزير من حق القضاء الذى يمثل المجتمع وحده ولايستطيع أى فرد أن يمارسه.

إن الذين يصرون على أن الحد أو القصاص هو العقوبة الأصلية يمكن أن يقولوا إن من اعتدى عليه فى هذه الحالات لديه عذر شرعى هو شبهة تسقط الحد وتستوجب تخفيف العقوبة لتصبح تعزيرا، ويمكن القول إن النتيجة واحدة.

* * *

❁ إهدار مرتكب الجرائم نسبي للأفراد دائما :

رأينا إذن هو أن الإهدار يكون نسبيا فقط للأفراد الذين يعتدون على من ارتكب جريمة يعاقب عليها بالحد أو القصاص متى كان العدوان الذى ارتكبوه يماثل العقوبة المقـــررة. لكـــن لايجـــوز أن نقر القول بأن الإهدار يبيح للفرد الاعتداء على أخيه الإنسان، لأن الإباحة تكون فقط للجماعة التى يمثلها القضاء، الذى فوضته الجماعة فى توقيع العقوبات جميعها باسمها ونيابة عنها. فإذا قضى القاضى المختص بالقتل على مـــن يستحقه شرعا ففعله مباح لأنه دفاع شرعى عن الجماعة التى يمثلها مثل إباحة فعل المقاتل فى حالة الحرب دفاعا عن وطنه وأمته.

إن من يقتل إنسانا أو يتلف عضوا من أعضائه بحجة أنه مرتكب لجريمة حدية أو أنه يستحق القصاص لا يعتدى على هذا الشخص فقط وإنما يعتدى على الجماعة التى لها الحق فى العقاب على جميع الجرائم التى تخل بأمنها وأمن المقيمين على أرضها. فإذا كنا حرمنا المجنى عليه أو ولى دمه (في الجريمة الأولى) من طلب القصاص، أو قلنا إن هـــناك شـــبهة توجـــب استبعاد عقوبة الحد والقصاص، فإن حق الجماعة باق دائما لايســـقط ولها الحق فى تعزير الجانى (في الجريمة الثانية) لأنه أخل بأمنها ونظامها[1] – يمثلها القضاء فى ذلك.

لا يجـــوز فى نظـــرنا قياس الإهدار النسبى فى هذه الحالات على الإهدار الكامل الـــذى يبيح الفعل للمقاتل فى الحرب أو للقاضى الذى يحكم بالإعدام أو الجلد على من يستحق هذه العقوبة.

ومع ذلك فإننا نلاحظ أن كتابات كثيرة فى الفقه لا تفرق بين حالة الحرب وحالة مرتكب جريمة حدية (أو تستحق القصاص) ويَعُدُّون الإهدار دائما من أسباب الإباحة أى مـــن الـــنوع الأول، وقد جاراهم فقيهنا فى ذلك، ولكن ذلك لا يلزمنا طالما أن المبادئ الأساسية للتشريع تتعارض معه على النحو الذى بيناه.

---

(1) إن الذين لا يأخذون برأينا يمكن أن يصلوا إلى نفس النتيجة، لكن على أساس أن الجاني (في الجريمة الثانية) قد ارتكب جريمة سموها الافتيات علىحق الجماعة بتوقيع عقوبة القصاص (على مرتكب الجريمة الثانية) وعقابها في نظرهم تعزير. وهذا هو ما قاله المرحوم الشيخ محمد الغزالي في شهادته في قضية اغتيال فرج فوده – وسنفصل ذلك فيما بعد.

<عوده> ٣٧٤ـ *علة الإهدار* : علة الإهدار الوحيدة هى زوال عصمة الشخص. وتزول العصمة إما بزوال سببها، وإما بارتكاب الجرائم المهدرة ...

زوال العصمة بزوال سببها : القاعدة العامة في الشريعة الإسلامية أن الدماء والأموال معصومة أي ليست مباحة، وأساس العصمة إما الإيمان، وإما الأمان. ومعنى الإيمان الإسلام، ومعنى الأمان العهد كعقد الذمة، وعقد الهدنة وما أشبه. فبالإيمان تعصم دماء المسلمين وأموالهم لقوله ﷺ : "أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله محمد رسول الله، فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها". وبالأمان تعصم دماء غير المسلمين وأموالهم لقوله ﷻ: ﴿يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾ [المائدة :١] ولقوله ﷻ: ﴿وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم﴾ [النحل:٩١]. وقوله ﷻ: ﴿وإن جنحوا للسلم فاجنح لها﴾ [الأنفال :٦١]. وقوله ﷻ: ﴿فما استقاموا لكم فاستقيموا لهم﴾ [التوبة:٧]. وقوله ﷻ: ﴿فأتموا إليهم عهدهم إلى مدتهم﴾ [التوبة:٤]. وقوله ﷻ: ﴿وإن أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مأمنه﴾ [التوبة :٦]. ولقوله ﷺ : "ذمة المسلمين عند شروطهم". وقوله : "إننا لا يصلح في ديننا الغدر". وقوله: "ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم فمن أخفر مسلما فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا يقبل منه صرف ولا عدل". وقوله: "إذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم إلى إحدى خصال ثلاث : ادعهم إلى الإسلام فإن أجابوك فاقبل وكف عنهم، فإن أبوا فادعهم إلى إعطاء الجزية، فإن أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم، فإن أبوا فاستعن بالله وقاتلهم"...

والأمان في الشريعة الإسلامية على نوعين : أمان مؤقت، وأمان مؤبد. فالأمان المؤقت ما كان محدودا بأجل طال هذا الأجل أو قصر. ويقوم هذا النوع من الأمان على معاهدات السلام وعدم الاعتداء، أو على معاهدات الإقامة المعقودة بين دار الإسلام ودار الحرب، أي بين الدولة الإسلامية وأي دولة غير إسلامية. ويدخل تحت هذا النوع عقد الهدنة والإذن بالإقامة في دار الإسلام(١)...

---

(١) بدائع الصنائع ج/٧ ص/١٠٦، أسنى المطالب ج/٤ ص/٢١٠، مواهب الجليل الجزء الرابع ص/ ٣٦٠، المغنى ج/١٠ ص/٥٧٨ ...

﴿عوده﴾ والأمـــان المؤبـــد هو ما ليس له أجل محدود ينتهي به، ولا يكون إلا بعقد الذمـــة، ولا يتمتع به إلا الذميون الذين يقيمون إقامة دائمة في دار الإسلام، وعليهم في مقابل ذلك التزام أحكام الإسلام[1]...

والأصـــل أن الـــناس في العالم على نوعين : إما مؤمن بالإسلام، وإما منكر له. والمـــنكرون على نوعين : إما مسالم للإسلام، وإما محارب له. فالمسالمون للإسلام من كـــان بيـــنهم وبين دار الإسلام حالة سلم متبادل، أو عقد من عقود السلم، كعقد الهدنة أو الموادعة أو عقد الذمة. وأما المحاربون فهم من كانوا في حالة حرب مع دار الإســـلام، ويسمى هؤلاء بالحربيين. وكل من عدا الحربيين من سكان العالم دماؤهم وأموالهـــم معصـــومة إما بإسلامهم[2] وإما بمسالمتهم، أو بتعبير آخر إما بإيمانهم وإما بأمانتهم ...

وإذا كـــان أساس العصمة هو الإيمان والأمان، فإن العصمة تزول بزوال الأساس الـــذي قـــامت عـــليه. فالمسلم تزول عصمته بردته وخروجه عن الإسلام، والمستأمن والمعـــاهد والذمي ومن في حكمهم تزول عصمتهم بانتهاء أمانهم ونقض عهدهم. وإذا زالت عصمتهم أصبحوا بزوالها حربيين حكمهم حكم الحربي الذي لم يكتسب عصمة.

وإذا كـــانت العصـــمة تعني تحريم الدم والمال فإن زوالها يعني إباحة الدم والمال، وهذا هو الإهدار. ولما كانت العصمة لا تزول إلا عن مرتد أو حربي، فمعنى ذلك أن المرتد والحربي مهدران وسبب إهدارهما هو زوال عصمتهما ...

زوال العصـــمة بارتكاب الجرائم المهدرة : وكما تزول العصمة بالردة وبانتهاء الأمان ونقض العهد، فإنها تزول أيضا بارتكاب الجرائم المهدرة. والجرائم المهدرة هي الجرائم التي تجب عليها عقوبات مقدرة متلفة للنفس أو الطرف ...

والجرائم المهدرة هي على وجه الحصر :

(١) الزنا من محصن. (٢) قطع الطريق أو الحرابة . (٣) البغي.

(٤) القتل والقطع المتعمدان . (٥) السرقة ...

---

(١) المغني ج / ١٠ ص/٥٦٧، نهاية المحتاج ج/٨ ص/٨٠، بدائع الصنائع ج/٧ ص/١١٠...

(٢) راجع الفقرة رقم ٢١١ ...

⟨عوده⟩ ويشـــترط في الجريمة المهدرة شرطان لا يغني أحدهما عن الآخر، أولهما : أن تكـــون الجريمة ذات عقوبة مقدرة، والعقوبات المقدرة محلها جرائم الحدود وجرائم القصاص فقط، أما جرائم التعازير فعقوباتها غير مقدرة[1]. ثانيهما : أن تكون العقوبة متلفة للنفس أي قتلا أو متلفة للطرف أي قطعا ...

وإذا تخلف أحد هذين الشرطين لم تكن الجريمة مهدرة، فالسرقة التي لا قطع فيها كسرقة الأب من الابن؛ والقتل العمد المعاقب عليه بالدية لا يُعَدُّ أيهما جريمة مهدرة؛ لأن العقوبة فيها غير متلفة ولو أن العقوبة في حالة الدية مقدرة، ومثل ذلك الزنا من غـــير محصـــن والقذف وشرب الخمر فعقوبات هذه الجرائم الثلاث عقوبات مقدرة ولكنها غير متلفة، ومن ثم فهي جرائم غير مهدرة، وكذلك الحكم لو كانت العقوبة متلفة ولكنها غير مقدرة كالقتل تعزيرا ...

وارتكـــاب الجـــريمة المهدرة يزيل العصمة من وقت ارتكاب الجريمة لا من وقت الحكـــم بالعقوبـــة؛ لأن أساس زوال العصمة هو ارتكاب الجريمة وليس هو الحكم بالعقوبـــة. وفضلا عن ذلك فالعقوبات المقدرة ما هى إلا حدود، والقاعدة العامة في الشـــريعة أن الحـــدود واجـــبة التنفيذ فورا ولا تحتمل التأخير أو التهاون، كما أنها لا تحتمل العفو أو إيقاف التنفيذ عدا عقوبة القصاص فيجوز العفو فيها من المجني عليه أو وليـــه، ومن ثم كانت الحدود عقوبات لازمة محتمة لا محيص منها، ولم يكن هناك ما يدعو لتعليق زوال العصمة على الحكم بالعقوبة ...

وإذا كان للمجنى عليه أو وليه العفو فى عقوبة القصاص، فإن ذلك لا يؤثر على القـــاعدة العامة، لأن زوال العصمة فى جرائم القصاص نسبى لا عام، فالعصمة تزول بالنســـبة للمجنى عليه أوليه فقط، ويظل الجانى معصوما بالنسبة للآخرين. فإذا عفا المجنى عليه أو وليه سقطت العقوبة المتلفة وعاد الجاني معصوما عصمة تامة كما كان قبل ارتكاب الجريمة ...

وفيما عدا الجرائم السابقة لا تزول العصمة بارتكاب أى جريمة أخرى ولو كانت عقوبـــتها القتل ما دامت العقوبة تعزيرية؛ لأن لولي الأمر في الجرائم التي يعاقب عليها بالتعزير حق العفو عن الجريمة وحق العفو عن العقوبة، ومن ثم كانت العقوبة غير لازمة حتما. وكل عقوبة غير محتمة لا تزيل العصمة ولا تهدر الجاني ولو كانت متلفة حتى بعد صدور الحكم بها؛ لأن من الجائز أن يعفو ولي الأمر عن العقوبة في اللحظة الأخيرة

---

(١) راجع الفقرتين : ٥١ : ١٠٣ ...

374 – رأينا فى أساس عصمة الإنسان هو كرامة بنى آدم :

ما قاله عن أساس العصمة يتجاهل السبب الأول، وهو أن الله كرم بنى آدم جميعا منذ بدء الخليقة بقوله تعالى ﷻ: ﴿ولقد كرمنا بنى آدم﴾ [الإسراء: 70]. وبهذا التكريم يكون مصدر العصمة هو الصفة الإنسانية – وهى صفة أصلية لجميع البشر وليست حقا مكتسبا بسبب خاص كالإيمان أو الأمان؛ لأن القول بذلك يوهم البعض أن العصمة مقصورة على طائفة أو طوائف من بنى آدم دون غيرهم.

يؤيد نظرنا قوله: "إن القاعدة العامة فى شريعتنا هى أن دماء الناس وأموالهم معصومة"، والآيات القرآنية العديدة التي ذكرها في أول هذا البند وخاصة قوله ﷻ: ﴿فما استقاموا لكم فاستقيموا لهم﴾ [التوبة: 7].

* * *

ولا نوافق على عَدِّ الإهدار استثناء من هذا المبدإ العام إلا للمقاتلين فى حالة الحرب أو بحكم القضاء لمرتكبي الجرائم على النحو الذى بيناه، ولذلك لا نوافق على قوله: " إن العصمة تزول لصالح الأفراد " لأى سبب من الأسباب، لأن الإهدار فى نظرنا نسبى للأفراد دائما، وهو حالة مؤقتة واستثنائية (أقصى ما يمكن قوله هو أنه قد يؤدى لوجود شبهة تدرأ فيها عقوبات الحدود والقصاص إذا كان المجنى عليه مستحقا لهذه العقوبات فى نظر الجانى بسبب الشبهات، أو بعبارة أدق هى حالات قد تسقط فيها الحدود أوالقصاص ويكتفى بالتعزير فى جرائم الاعتداء الواقع من الأفراد على نفس هؤلاء الأشخاص أو سلامة أبدانهم).

* * *

أول حالات الإهدار الكامل المطلق هى حالة الحرب؛ إذ تجيز الشرائع جميعها القتل والقتال فى حالة الحرب. وما أورده من آيات يدل على أن الشريعة تجيز القتل والقتال فى حالة الحرب، كغيرها من الشرائع قديما وحديثا.

إن ما أورده من نصوص تجيز القتال أو توجبه إنما يدل على أن الإهدار إنما يكون كاملا ومطلقا فى حالة الحرب وبسببها بالنسبة للمقاتلين وحدهم لا للأفراد جميعا كما قد يُفهم من قوله. يؤكد ذلك آية سورة التوبة [رقم 6] التى أوردها بقوله ﷻ : ﴿وإن أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مأمنه﴾ – وهى تقطع بأن المشرك ليس مهدر الدم فى غير حالة الحرب بل يجب علينا قبوله إذا استجار

بـــنا وأن نبلغه المكان الآمن الذى يقصده – فلا يجوز بعد ذلك القول بأنه مهدر الدم فى غـــير حالة القتال – ولا محل إذن للاستشهاد بهذه الآية على أن العصمة أساسها الإيمان أو الأمان بل الأصح فى نظرنا أن أساسها هو الصفة الإنسانية وحدها.

يؤكـــد ذلـــك أيضا ما ذكره من قوله ﷻ : ﴿وإن جنحوا للسلم فاجنح لها﴾ [الأنفال:61]. وقوله ﷻ: ﴿فما استقاموا لكم فاستقيموا لهم﴾ [التوبة: 7]. فالأصل هو العصمة والسلم والأمان. والإهدار لا يكون إلا فى حالة العدوان والقتال وبسببه، أى إذا لم يجنحوا للسلم بصفة جدية صادقة بدون عدوان .

ولا نوافق على القول بأن ما يسميه الأمان المؤبد لا يكون إلا بعقد؛ إذ إن الأصل كمـــا قدمنا هو السلم والعصمة والأمان المؤبد بين جميع بنى آدم. وإشارته إلى كتب الفقه التى استند إليها فى هذه الأقوال توجب علينا أن ننسب هذه الآراء إلى من قالوا بهـــا أو إلى الفقـــه، لا إلى الشريعة التى تتسع لمذاهب متعددة وآراء مختلفة. والآراء المختلفة كلها تكون شرعية ما دامت تستند إلى نصوص القرآن والسنة النبوية، ومن بينها ما رأيناه من أن أساس العصمة لجميع بنى آدم هو الصفة الإنسانية.

عـــلى ذلك فإنه يمكننا أن نقول بأن الإهدار ليس معناه زوال سبب العصمة – وهى الصفة الإنسانية – بل سببه وجود حالة طارئة تبيح الفعل للمقاتل أو القاضى . هـــذه الحالة الطارئة الاستثنائية تعطل وجوب الحد أو القصاص (بل هي تبيح القتل للمقاتل أو القاضي) في حالات الإهدار الأولى، أما في الحالة الثانية للإهدار فإن الفرد يسقط عنه القصاص أو الحد لكنه يستحق التعزير.

* * *

الحالـــة الـــثانية للإهدار هى حالة الأشخاص الذين ارتكبوا جرائم يعاقب عليها بالقـــتل أو القطع، أو ما سماه جرائم تستحق بسببها عقوبات مقدرة متلفة للنفس أو الطرف، (وذكر منها الردة بصفة خاصة).

ونحن نؤكد أن الإهدار فى هذه الحالة يكون كاملا للقضاء ومن ينفذون أحكامه فقـــط، لأن العقوبات فى الشريعة الإسلامية لا يفرضها إلا حكم القضاء بعد محاكمة عادلـــة تعـــرض فيها أدلة الاتهام والدفاع ويوازن القاضى الشرعى بينها قبل إصدار الحكم بالعقوبة سواء كانت حدا أو قصاصا أو تعزيرا.

❁ لاحق لأى فرد فى تنفيذ العقوبة :

* * *

وعلى ذلك فإن ما نقله عن بعض الكتب من أن الفرد العادى له الحق فى توقيع تلك العقوبات أو أى عقوبة جنائية أخرى هو رأى لا محل له فى نظرنا، ولا يجوز إقراره لأنه يهدم نظام المجتمع وأمنه من أساسه، ويطلق الحرية لجميع الأفراد للحكم على غيرهم بعقوبات جنائية وتنفيذها خارج ساحة القضاء، وتصبح الحالة فوضى لا تقرها شريعتنا.

يؤكد اعتراضنا أنه قال إن الفرد له الحق فى توقيع العقوبات القصوى المقدرة حدا أو قصاصا، لكن لا يجوز له التعزير لأن تحديد العقوبة فيها للقاضى أى الحاكم، فلا يسمح لنا المنطق أن نجيز للفرد توقيع عقوبة القتل والقطع ونحرم عليه توقيع عقوبات أقل لأنها تُعَدُّ تعزيرا، وإنما الواجب أن يكون القضاء الشرعى هو وحده المختص بالمحاكمات والعقوبات جميعها - والقضاء ليس حرا فى الإجراءات، بل يجب أن تسمع الدعوى وتقدم الأدلة وتناقش بالطريق الشرعى العادل الذى يمكن المدعى عليه من سماع الأدلة والدفاع عن نفسه...

فكل ما قاله استطرادا مع هذا الرأى لا محل له فى نظرنا ولا نوافق عليه. يؤكد ذلك أنه قال إنه "بعد صدور الحكم بالعقوبة لا يجوز لأى فرد تنفيذها"، بل ذلك من اختصاص أولياء الأمر لأن لهم العفو عن العقوبة. إنه يقصر هذا القول على العقوبات التعزيرية بدون سند يقدمه سوى أنه نقله عن بعض الفقهاء، فى حين أننا نرى أن الأصل الشرعى هو أن القضاء وحده هو الذى يمثل الجماعة فى توقيع العقوبات وتنفيذها جميعها، و هذه قاعدة عامة ومبدأ أساسى فى شريعتنا لا يمكن تجاهله بناء على أقوال بعض الكتاب أو الفقهاء.

ونضيف أنه إذا صح هذا فى عقوبات التعزير على حد قوله، فهو أولى فى الحدود والقصاص. ثم إنه إذا لم يجز للفرد أن ينفذ عقوبة بعد صدور الحكم بها فإنه من باب أولى لا يجوز له أن ينفذها أو يفرضها قبل الحكم والمحاكمة الشرعية العادلة.

لذلك فإننا نعترض على قوله إن العصمة تزول من وقت ارتكاب الجريمة، لا من وقت الحكم بالعقوبة، ولا نوافق على القول بأن أساس زوال العصمة هو ارتكاب الجريمة؛

❁ فى نظرنا أن التعازير لا يجوز أن تصل إلى القتل (سياسة):

لأن ارتكـــاب الجريمة لا يثبت شرعا إلا بحكم من القضاء المختص، أما قبل ذلك فهو اتهام فقط، وكل شخص معرض للاتهام ولانرى أن مجرد الاتهام يكفى أساسا للإهدار.

مـــن ناحية أخرى يشير إلى أن عقوبة التعزير يمكن أن تصل لحد القتل سياسة – لكنـــنا سبق أن استبعدنا هذا القول لأن التعازير لا يجوز أن تصل إلى القتل فى نظرنا –مـــراعاة للمـــبدإ الذى تتميز به شريعتنا وهو تضييق نطاق العقوبات البدنية وأولها القتل؛ فلا يجوز توقيعها إلا فى حالة الحد أو القصاص المقرر بنصوص شرعية والصادر به حكم قضائى صحيح.

<عوده> ٣٧٥ـ المهدرون : ونخرج مما سبق بأن المهدرين هم :

(١) الحربي . (٢) المرتد . (٣) الزاني المحصن . (٤) المحارب .

(٥) الباغي . (٦) من عليه القصاص . (٧) السارق .

ولكل واحد من هؤلاء أحكام خاصة ولهذا سنتكلم عليهم واحدا بعد الآخر فيما يأتي:

❁ 375 – قسمان فى الإهدار :

التعداد الذى قدمه لمن يُعَدُّون مهدرين يوجب علينا أن نفرق بين قسمين: الأول من سماهم حربيين، والثانى مرتكبو جرائم يعاقب عليها بعقوبات بدنية مقدرة حدا أو قصاصا.

عـــلة الإهـــدار بالنسبة للقسم الأول فى نظره هى انتماؤهم إلى دولة حربية. أما فى نظـــرنا، فهـــو حالة القتال فى الحرب لأن المقاتل يكون فى حالة دفاع شرعى عن نفسه ووطنه وشعبه وأمته.. ويواجه عدوا يَعُدُّه مقاتلا يقصد قتله إذا لم يبادر هو بدفعه بالقتل .

أما القسم الثانى فالعلة هى أن المهدرين فى نظره قد ارتكبوا جرائم عقوبتها القتل أو قطع الأطراف حدا أو قصاصا. أما فى نظرنا فالعلة هى ثبوت ارتكابهم لهذه الجرائم بحكم القضاء الشرعى، ولا يكفى مجرد الاتهام الذى يوجهه الأفراد فى نظرنا ..

* * *

وســـوف نـــتابع معه أحكام كل صنف من الأصناف السبعة التى أوردها. وقبل ذلك نشـــير إلى أن اختلافـــنا معه فى سبب الإهدار يؤدى إلى اختلاف أهم فيما يترتب عليه من آثار.

فرأيـــنا هـــو أن أثر الإهدار المطلق الكامل الذى يجعل الفعل مباحا مقصور على المقاتلين فى حالة الحرب، وعلى القضاء ومن ينفذون أحكامه شرعا فى حالة من يثبت عليهم ارتكاب جريمة يترتب عليها الإهدار .

أما بالنسبة لغير هؤلاء، فإن الإهدار يكون نسبيا فقط، وهو رفع الأمر للقضاء ليوقع العقوبـــة بعـــد ثبوت الجريمة. أما إذا قام الفرد بتوقيع العقوبة دون التجاء للقضاء ففعله جـــريمة عاديـــة (لكن يجوز عدم تطبيق العقوبات البدنية المقدرة حدا أو قصاصا إذا كان المجنى عليه من المهدرين وأقدم المجنى عليه أو أحد الأفراد على ارتكاب فعل ضدهم مماثل لما ارتكبوه ظنا أن له الحق فى ذلك – فيجوز فى نظرنا سقوط الحد أو القصاص على من يعتدى عليهم لكنه يستحق عقوبة تعزيرية لأن فعله لم يكن مباحا له [1] ... وكل ما هنالك أنه يمكن القول بوجود شبهة) .

(1) وقد أشرنا في هامش حاشيتنا على البند 373 إلى أن بعض من يقولون بجواز التعزير في هذه الحالة يسوِّغونه باله ارتكب جريمة الافتيات على حق المجتمع (أو ولي الأمر). والقائلون منهم بجواز القتل تعزيرا يصلون إلى نتيجة شاذة في نظرنا ولا نوافق عليها.

۞ – قوله هو السائد فى الفقه، ولكنا نخالفه :

أما الاتجاه السائد فى الفقه الذى يعرضه فقيهنا فهو يَعُدّ عمل الفرد الذى يرتكب هذه الجرائم ضد المهدرين عملا مباحا لايكون جريمة، بل إنه واجب فى نظره فى بعض الأحيـــان. فكأن ما يسميه الإهدار هو فى جميع الحالات نوع واحد وهو من أسباب الإباحة – وهو قول لا يمكن أن نصل إليه ولا نقره.

﴿عوده﴾ ٣٧٦ـ *أولا* : *الحربي* : هو أصلا من ينتمي لدولة في حالة حرب مع الدولة الإسلامية، وهو أيضا من كان معصوما بأمان أو عهد فانتهى أمانه أو نقض عهده ...

ومن المتفق عليه أن الحربي مهدر الدم، فإذا قتله شخص أو جرحه فقد قتل أو جرح شخصا مباح القتل والجرح؛ ولا عقاب على فعل مباح. وإنما يعاقب الفاعل في بعض الحالات؛ لأنه أحل نفسه محل السلطة التنفيذية وافتات عليها بإتيانه عملا مما اختصت نفسها به .. ولاعقاب على قتل الحربي إطلاقا إذا قتل في ميدان الحرب أو قتل دفاعا عن النفس في غير ميدان الحرب، وفي هذا يتفق حكم الشريعة الإسلامية مع القوانين الوضعية ...

أما إذا قتل الحربي في غير ميدان الحرب لغير مقتضى، كأن ضبط فى دار الإسلام أو استأسر فقتله من ضبطه أو أسره أو قتله غيرهما، فإن القاتل لا يؤاخذ بحسبانه قاتلا؛ لأن الحربي مباح الدم طبقا للشريعة، وضبطه أو أسره لا يعصمه ولا يغير من صفته كحربى فيبقى دمه مباحا بعد الضبط أو الأسر، فمن قتله فقد قتل مباح الدم ولا مسئولية على قتل مباح باعتبار فعل القتل. وإنما المسئولية تأتي من كون القاتل اعتدى على السلطة العامة التي يوكل إليها أمر من يضبط أو يؤسر من الحربيين، فمن هذه الوجهة يسأل القاتل ويعاقب لافتياته على السلطة العامة ...

وقتل الحربي في ميدان الحرب وفي حالة الدفاع عن النفس يُعَدُّ واجبا، وفيما عدا ذلك فهو حق للقاتل وليس واجبا عليه ...

هذا هو حكم الشريعة الإسلامية وهو يخالف حكم القوانين الوضعية التي تَعُدُّ الفعل قتلا عمدا وتعاقب عليه على هذا الاعتبار، وإن كان الذي يحدث عملا أن المحاكم تقدر ظروف الجاني والمجني عليه، وتقضي على الجاني بعقوبة مخففة بقدر الإمكان ...

والنتيجة العملية أن الشريعة تتفق مع القوانين الوضعية في عقاب القاتل، ولكن الخلاف واقع في تكييف الفعل المعاقب عليه، فالقوانين تَعُدُّه قتلا، والشريعة تَعُدُّه افتياتا على السلطات العامة ...

❁ 376 – الإهدار فى حالة الحرب والجهاد :

التعريف الذى قدمه للحربى المهدر بسبب الحرب هو انتماؤه لدولة فى حالة الحرب مع دولة الإسلام، ومعنى ذلك أن جميع رعايا الدولة المعادية التى تحارب المسلمين دمهم مهدر ويباح الاعتداء عليهم لكل فرد مسلم حتى ولو لم يكن مقاتلا أو مجاهدا.

هذا التوسع لا يمكن الوصول إليه إلا فى حالة الحرب الشاملة، أى حرب الإبادة التى لايكتفى فيها العدو بمواجهة جيوشنا، بل يتعمد إرهاب المدنيين ومطاردهم بقصد إبادهم وإجبارهم على الهجرة بحجة "التطهير العرقى" ليحل محلهم مهاجرين يستوردهم من الخارج.

فى غير هذه الحالة فإن هذا التوسع لا نقره، لأنه يتجاوز السبب فى الإهدار فى نظرنا – وهو حالة الحرب وما تجيزه من قتل وقتال متبادل. فالإهدار الكامل فى حالة الحرب العادية مقصور فى نظرنا على من يُعَدّ مقاتلا فى حالة الحرب القائمة. أما غيره من رعايا الدول المحاربة لنا إذا كان مسالما، فلا نرى أن يصل إهدارهم إلى حد إباحة قتلهم إلا إذا ثبتت مشاركتهم فى القتال أو ما يسمى "بالمجهود الحربى للعدو" – وتقدير ذلك مسألة موضوعية تختلف باختلاف الزمان والمكان، مع ملاحظة أن القانون الدولى الوضعى حاليا يجيز اعتقال المدنيين من رعايا الأعداء وعَدَّهم أسرى حرب حتى تنتهى حالة الحرب.

ولم يقدم لنا ما يقصد "بحالة الحرب"، وهى فى نظرنا أمر تقديرى؛ ولكن المعيار يرجع إلى صفة من يرتكب الفعل ونيته وغايته من اعتدائه على "الحربى"؛ فإن كان ممن يَعُدُّون أنفسهم فى حالة جهاد مع "العدو" الذى أوجبت الشريعة مقاومة عدوانه على أرض المسلمين أو أوطانهم، فهو يَعُدُّ نفسه فى حالة دفاع شرعى عن الوطن والشعب ومقاتلا فى حالة حرب، وله حقوق المقاتلين فى ساحة المعركة التى يجوز لكل من يساهم فيها القتال لأنه يتعرض هو أيضا للقتل، فهو فى حالة دفاع شرعى ...

ولذلك يكون عمله مباحا لأنه فى معركة جهاد وحرب ولو أدى ذلك إلى القتل أو المساس بسلامة الأجسام. لكن تقديره يخضع لحكم قاضى الموضوع الذى له الحق فى مراجعته.

مشكلة معاصرة :

المشكلة التى نواجهها فى العصر الحاضر هى تحديد المقصود بحالة الحرب. وذلك، لأن ما يسمى بالقوانين الدولية المعاصرة كانت تعرف الحرب بأنها لابد أن تكون بين دولتين وجيشين نظاميين، وعندما اضطروا للتوسع فى ذلك فى حالة الثورات "والحروب الأهلية" قرروا "الاعتراف بصفة المحاربين" للثوار أو المقاتلين من غير أفراد الجيوش النظامية الذين يكونون عصابات أو جماعات على قدر معين من التنظيم والأهمية، ويمكن أن يلتزموا بما يُعَدُّ من "قوانين الحرب" على سبيل التبادل، إذا التزم بها الجيش أو النظام الذى يطاردهم .

وفى شريعتنا يوجد مبدأ الجهاد الذى يفرض على كل مسلم أن ينفر للدفاع ضد العدو الذى يهاجم دار الإسلام، وهى كل أرض يسكنها شعب مسلم يهاجمه عدو بقصد احتلال بلاده أو فرض سيطرته عليها، ومن باب أولى إذا كان يقصد إبادة الشعب لتسكين من يجلبهم من المهاجرين محلهم، أو يقصد ما يسمى "التطهير العرقى" أى إبادة طائفة من البشر ليسوا من جنسه أو طائفته .

* * *

من أهم مزايا شريعتنا الغراء أنها تعنى بالأصول العامة التى تفتح أمام الفقه آفاق الاجتهاد وتنوع الأحكام وتطورها حسب مقتضيات ظروف الزمان والمكان. لذلك عنيت شريعتنا بمبدإ الجهاد – تجعله فريضة وواجبا على الأمة وعلى جميع أفرادها – لكنه فى الأصل واجب كفاية، بمعنى أنه إذا قام به فريق من الأمة فإن هذا يكفى ويسقط الواجب عن الباقين.

لكن هناك حالات يرى فيها فقهاؤنا أن الجهاد يصبح فرض عين على كل مسلم ومسلمة – سواء فى ذلك الكبار أو الصغار، الرجال أو النساء – كل فى حدود قدرته واستطاعته .

لذلك فإن الجهاد ليس مقصورا على حمل السلاح والقتال، لكن شريعتنا وسعت فى مضمونه، فكل ما يلزم لمواجهة الخطر ودفعه يكون جهادا، ومن أهم صوره الإنفاق على المجاهدين وأسرهم – وهذا هو الإنفاق أو الجهاد بالمال – ويلتزم به كل فرد فى حدود استطاعته.

❁ متى يصبح جهاد العدو فرض عين على كل مسلم ومسلمة :

وهـــذه قـــاعدة مهمة فى عصرنا حيث تنوعت أساليب العدوان ووسائل الهجوم وشمـــلت ما نراه من حصار اقتصادى ومقاطعة دبلوماسية واقتصادية وحصار بحرى وجـــوى.. إلخ. فلابـــد مقابل ذلك من تنوع أساليب الجهاد والمقاومة فى مجال المال والاقتصـــاد وبخاصـــة "المقاطعـــة الشعبية الاقتصادية" التى أصبحت من أهم أسلحة الشعوب المستضعفة التى لا تستطيع أن تجابه القوة العسكرية المتفوقة لأعدائها.

* * *

وقد أفاض فقهاؤنا فى بيان الحالات التى يصبح فيها "الجهاد" فرض عين على جميع الأفراد، وأهمها ما وصفوه بأنه هجوم "العدو" على أرض المسلمين بقصد احتلالها أو الســـيطرة عليها أو إبادة أهلها. وقالوا إن القتال فى هذه الحالة يكون واجبا وفرض عـــين عـــلى كل قادر سواء كان رجلا أو امرأة، كبيرا أو صغيرا، وليس مجرد فرض كفاية كما هو الأصل.

وأضافوا أنه يجب على الفرد القادر أن ينفر للقتال تلقائيا دون حاجة لإذن وليه. فالمرأة تخرج دون استئذان زوجها، والصبى يخرج دون استئذان والده. ومن باب أولى لا يحتاج هؤلاء لاستئذان الإمام أو الأمير أو الحاكم أو الدولة أو السلطان أو غيرهم من "أولياء الأمر".

* * *

الأهـــم مـــن ذلك أن ما يجب على المجاهد فعله أو ما يباح له من أفعال يتفاوت حسب قدرته وتقديره – وكل ما يشترط لإباحة الفعل أو وجوبه هو أن يكون لازما لمواجهـــة العدو وأن يقصد به دفع العدوان. وما دام الأمر واجبا شخصيا على الفرد فإن له تقدير ذلك .

وموضوعنا الآن مقصور على أعمال القتال التى تكون جرائم عدوان على حياة الأفراد أو سلامة أبدانهم – وبحثنا يدور حول شروط إباحة تلك الأفعال، ولمن تكون مـــباحة، وضـــد من تكون مباحة. الأصل أنها تباح للمقاتلين ضد المقاتلين. فمن هم المقاتلون من الطرفين ؟

* * *

۞ المعفون من الجهاد بنص القرآن هم من بهم عاهة :

إن الحرب والقتال ليس له طرف واحد، بل إن فعل كل طرف له أثره على أفعال الطرف الآخر. وما دام المسلمون المجاهدون يدفعون عدوانا على بلادهم، فإن أقل ما يـباح لهم هو معاملة العدو بمثل فعله تطبيقا للمبدأ القرآنى: ﴿فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾[البقرة:194]. فإن كان يقتل جاز لهم القتل، وإن كان يطرد جاز لهم الطرد، وإن كان يؤسر أو يستعبد جاز لهم الأسر والاستعباد – وهذا هو أساس بقاء الـــرق فى الإســـلام لمعاملة الأعداء بالمثل – وتقدير ذلك متروك للمجاهد الذى نفر للمواجهة مع الأعداء ويواجه مخاطرها .

بل أكثر من ذلك أنه إذا عجز عن استعمال أسلحة مماثلة لأسلحة العدو، فإن له الحـــق فى أن يستخدم ما لديه من أساليب ليست مماثلة لها وإنما هى – فى تقديره – توازنها أو لا تزيد عنها .

فـــإذا كان العدو لديه طائرات وصواريخ ومدفعية ثقيلة تصيب المدنيين فى المدن والقرى لا يملكها المجاهدون، فإن من حقهم استخدام الهجمات الاستشهادية فى مدنهم وقـــراهم ... ومـــن باب أولى يجب عليهم المقاطعة الاقتصادية لإضعاف اقتصادهم، وخاصة لمن لا يقدرون على القتال .

فالجهـــاد فى شـــريعتنا هـــو الحرب، بل هو الحرب المقدسة المفروضة على أفراد المســـلمين جميعا، ونصوص القرآن عديدة فى تذكير المسلمين بهذه الفريضة وإنذارهم بالعقاب الشديد إذا تهاونوا فيها.

بـــل إن الواجـــب الذى فرضته شريعتنا يشمل الاستعداد للقتال وإعداد المجتمع وأفراده وصنع السلاح له – بقوله ﷻ: ﴿وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل..﴾ [الأنفال: 60].

وأشارت النصوص إلى مقياس القدرة وعدم القدرة على القتال بالنسبة للأفراد، فأشـــار القـــرآن إلى أنـــه ليس على الأعمى حرج ولا على الأعرج حرج ولا على المريض حرج.. إلخ.

❁ إذا قام العدو بعدوان على المدنيين فللمسلم معاملتهم بالمثل.. فى حدود استطاعته :

ومعنى ذلك أن غير هؤلاءِ يُعَدُّون قادرين على القتال ويجب عليهم أن ينفروا للقتال، بل وأن يعدوا أنفسهم ومن هم فى ولايتهم له جسميا وصحيا وعتادا وسلاحا ومالا..

لكن من لا يقدر على القتال يتعين عليه الجهاد بالوسائل التى لا يعجز عنها، مثل توفير المال للمجهود الحربى أو المقاطعة الاقتصادية والعناية بالجرحى والاتفاق على أسر المقاتلين – والحديث يقول "من خلف مقاتلا فى أهله فقد جاهد".

* * *

والجهاد بهذا الشمول والعموم فى شريعتنا ليس واجبا مقصورا على الدول والجيوش – والحكومات – والهيئات التى تمثل الأمة فى مجموعها، بل هو أعم من ذلك وأشمل لأنه فريضة على جميع الأفراد رجالا ونساء كبارا وصغارا، طالما كانوا قادرين عليه، وفى حدود قدرتهم، ويكونون بذلك مجاهدين وإن لم يكونوا جنودا فى جيش نظامى. وهذا هو أساس المقاومة الشعبية التى قامت بها جميع شعوبنا ضد هجمات القوى الأجنبية المعتدية منذ تكرر العدوان الاستعمارى والإمبريالى على شعوبنا وبلادنا. وهذا هو سر انتصاراتها على أعدائها وإقبال أفرادها على التضحية والاستشهاد.

ولذلك فإن المعتدين على بلادنا الطامعين فى فرض سيطرتهم على شعوبنا أو إبادتها فى العصر الحاضر حددوا هدفا لهم فى سياستهم ودعايتهم وهو إبعادنا عن شريعتنا من أجل استبعاد هذا المبدإ الشرعى وإلغائه أو تشويهه ليصلوا إلى إنكار صفة المحاربين على المجاهدين، بل يريدون أن يصفوهم بأنهم متطرفون أو أصوليون أو مجرمون أو "إرهابيون" .

* * *

مقابل ذلك هناك مشكلة أدق، وهى تحديد صفة المقاتل فى جانب الأعداء، فلم يعد هناك من يحصر هذه الصفة فى الجنود النظاميين فى جيوش الدولة المعتدية، بل تضاف إليها فئات متعددة. فهناك ما يسمى بالميليشيات، التى تنشأ حتى فى حالة السلم وتمارس القتال فى حالة الحرب ..

❁ لايستباح العدوان على المدنيين فى غير هذه الحالة وفى حدودها :

وفى الحروب تضرب الطائرات جميع ما تسميه "الأهداف العسكرية " التى يتسع نطاقها كل يوم فتشمل المصانع والطرق والقناطر والسكك الحديدية ومراكز القيادة ومعسكرات التدريب بل والقوى العاملة فى الصناعة المساندة.. إلخ. وبذلك لم يعد ينجو من قنابل الطائرات أحد من سكان المدن الكبرى بل والقرى لسبب أو لآخر. فإذا كانوا هم يعتدون على المدنيين فى بلادنا فلنا الحق شرعا فى معاملتهم بالمثل، امتثالا لقوله ﷻ : ﴿فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ [البقرة: 194] .

* * *

فى عصرنا الحاضر هناك إذن توسع فى تعريف المقاتل فى جانبى المعارك وخط القتال، حتى أصبحت الجماهير المدنية فى الجانبين تُعَدُّ من ضمن الأهداف "العسكرية"، خصوصا إذا كانت متحمسة للقتال مؤيدة للعدوان مساندة له ..

وفى الوقت نفسه أصبح أفراد الأمة المدافعة عن حريتها ووطنها يَعُدُّون أنفسهم جميعا مقاتلين طالما أن هناك عدوا يحتل جزءا من بلادهم وينكر عليهم حريتهم وحقوقهم فى تقرير مصيرهم .. وبذلك أصبحت الحرب شاملة فى الجانبين.

لذلك أمكن القول بأن من يسمون "حربيين" فى حالة الحرب الشاملة أصبحوا يتسعون ليشملوا جميع مواطنى العدو بعد أن كان هناك محاولات لوضع حد فاصل بين المقاتل وغير المقاتل فى جانبى خط المواجهة فى حالة الحرب، وأصبح من الصعب رسم خط يفصل بين المقاتلين ومن يسمون مدنيين فى الجانبين.

ومهما يكن التوسع فى تعريف المقاتلين على النحو السابق، فإن أساس إهدار مواطنى الأعداء يبقى دائما فى نظرنا هو عَدُّهم مقاتلين أو داخلين فى نطاق من يقاتلون. وعلة الإهدار ليست هى الجنسية أو الانتماء لدولة معادية أو معتدية، بل هى كما قلنا حالة الحرب وصفة المقاتل مهما يكن التوسع فيها فى الجانبين ومهما يكن الخلاف حول توافر هذه الصفة .

لهذا فإن القول بإهدار دم المحاربين لا يجوز أن يُفهم منه أن لكل مسلم أن يقتل أى فرد ينتسب للدولة المعادية لنا، لأى سبب، بل وبدون سبب. بل الصواب فى نظرنا هو تأكيد العلة الشرعية لإباحة القتل والقتال وهى حالة الحرب وما يلزم لها من استعمال جميع أعمال القتل والقتال من المقاتلين فى الجانبين.

❁ أعداؤنا يريدون استبعاد مبدإ التزام الأفراد بالجهاد ضد من يحتلون جزءا من أرض المسلمين:

كل ما هنالك أن الحرب ليست لها صورة واحدة، ولا يمكن أن نحدد معنى ثابتا واحدا من جانبنا؛ لأن المعتدين يبتكرون وسائل العدوان، فعلينا أن نبتكر نحن وسائل الدفاع وأساليبه وما يجب للاستعداد له. ومبدأ الجهاد فى الإسلام له صفة المرونة والشمول لتمكين أفراد الأمة وجماعاتها وجيوشها من مواجهة الأعداء بكل ما يلزم لذلك من أسباب القتال والإعداد له دفاعا عن أوطانهم وشعوبهم وعقائدهم وحرياتهم.

* * *

ولاشك فى أننا واجهنا فى الأيام الأخيرة حملة إبادة قصد بها تفريغ بعض أقطارنا من سكانها المسلمين لإحلال غيرهم مكانهم، ويكفى أن نذكر فلسطين والبوسنة وكوسوفو والشيشان، وهذه حرب شاملة لابد من تمكين المجاهدين من استعمال جميع أساليب القتال التى يبتكرونها لمواجهة القوى التى تعتدى علينا .

فى هذه الظروف يحاول أعداؤنا تجريد شعوبنا من سلاح العقيدة أو أن يعطلوا أحكام شريعتنا التى تفرض علينا الجهاد بجميع وسائله وصوره الشاملة، ويستخدمون أساليب عديدة لتشكيك المسلمين فى التزامهم بفريضة الجهاد، حتى وصلوا إلى تسمية بعض منظمات المجاهدين بأنهم "إرهابيون" ومجرمون – ووجدوا من بعض المخدوعين المتخاذلين والمنافقين من يساهم فى حملة التشكيك التى تهدف لاقتلاع مبدإ الجهاد واستبعاده من عقيدتنا وشريعتنا ومجتمعاتنا .. فيجب الاحتراس من ذلك.

مع ذلك كله، وبناء على ما تقدم، فإن الفرد العادى الذى لم ينفر للقتال ولم يتحمل مخاطر الجهاد ومسئولياته لا يجوز فى نظرنا أن نبيح له قتل إنسان لمجرد أنه مواطن لدولة كافرة أو معادية لنا طالما أنه لم ينسب إليه المساهمة فى العدوان على شعوبنا وأوطاننا، بل تطبق عليه القواعد العامة ويُعَدُّ فعله جريمة عادية. وأقصى ما يمكن قوله فى هذه الحالة أنه يعفى من العقوبات المقدرة قصاصا أو حدا، لوجود شبهة فى أنه اعتقد ولو خطأ أن من حقه قتل أى فرد من أفراد العدو، ولذلك يكون مستحقا للتعزير فى نظرنا. ونحن نعلم مدى اتساع نطاق التعزير مما يمكن القاضى من تقدير العقوبة المناسبة للفعل والاعتبارات التى دفعت مرتكبه إلى الإقدام عليه.

❁ نحن نَعُدُّ الفعل جريمة عادية جزاؤها التعزير :

ونعتقد أن هذا هو ما قصده فقيهنا من قوله فى نهاية البند إن الجريمة فى هذه الحالة هـــى تعزير لأنها افتئات على السلطة العامة أى سلطة القضاء والحكومات والجيوش، وإن كـــنا لا نعترف بهذا الوصف، وإنما نَعُدُّ الفعل جريمة عادية لكن عقوبتها التعزير فقط.. الذى نؤكد دائما أنه هو العقوبة الأصلية فى جميع الجرائم.

<عوده> ٣٧٧ـ *ثانيا : المرتد* : المرتد هو المسلم الذي غير دينه، فالردة مقصورة على المسلمين ولا يُعَدُّ مرتدا من يغير دينه من غير المسلمين ...

ويُعَدُّ المرتد مهدر الدم في الشريعة(١)، فإذا قتله شخص لا يعاقب بعَدِّه قاتلا عمدا سواء قتله قبل الاستتابة(٢) أو بعدها؛ لأن كل جناية على المرتد هدر ما دام باقيا على ردته ...

والأصل أن قتل المرتد للسلطات العامة، فإن قتله أحد الأفراد دون إذن هذه السلطات فقد أساء وافتات عليها، فيعاقب على هذا لا على فعل القتل في ذاته. وعلى هذا الرأي فقهاء المذاهب الأربعة(٣). إلا أنه في مذهب مالك رأي مخالف(٤) يرى أصحابه أن المرتد غير معصوم، ولكنهم يرون مع ذلك أن على قاتله التعزير ودية لبيت المال، وحجتهم أن المرتد تجب استتابته، فهو بعد ردته كافر، فمن قتله فقد قتل كافرا محرم القتل فتجب عليه ديته لبيت المال؛ لأنه هو الذي يرث المرتد، فكأن أصحاب هذا الرأي يزيلون عصمة المرتد بالردة، ويعصمونه بكفره وهو تناقض ظاهر يكفي لهدم رأيهم. ويمكن الرد عليهم بأنه لما كان مسلما عصمه الإسلام، فلما كفر زالت عصمته، وأن الكفر لا يعصم صاحبه، وإنما الذي يعصمه الأمان من ذمة أو عهد أو غيرهما، والمرتد لا يدخل تحت واحد منها فلا يمكن عَدُّه معصوما بعد كفره .

---

(١) يُعَدُّ المرتد مهدر الدم من وجهين : أولهما : أنه كان معصوما بالإسلام، فلما ارتد زالت عصمته فأصبح مهدرا، وثانيهما أن عقوبة المرتد في الشريعة القتل حدا لاتعزيرا لقوله عليه السلام: "لا يحل قتل امرئ إلا بإحدى ثلاث : كفر بعد إيمان، وزنا بعد إحصان، وقتل نفس بغير نفس"، ولقوله: "من بدل دينه فاقتلوه". فعقوبة الردة عقوبة متلفة، وعلى هذا تُعَدُّ الردة من الجرائم المهدرة إذا نظر إلىعقوبتها، ولكن لما كان أساس الردة هو الرجوع عن الإسلام وهو الأصل في العصمة فقد نظر في الإهدار إلى الوجه الأول دون الثاني...

(٢) يشترط الفقهاء قبل الحكم بعقوبة الردة أن يستتاب المرتد ويعرض عليه الإسلام من جديد، فإن لم يتب قتل حدا...

(٣) البحر الرائق الجزء الخامس ص /١٢٥، الإقناع الجزء الرابع ص/٣٠١، المهذب الجزء الثاني ص / ٢٣٨، مواهب الجليل ج/٦ ص/٢٣٣ ...

(٤) الشرح الكبير للدردير ج/٤ ص/ ١٢٧ ...

﴿عوده﴾ ويشترط لعقاب قاتل المرتد على افتياته واستهانته بالسلطات العامة أن تكون هذه السلطات قد اختصت نفسها بمعاقبة المرتد، فإذا كانت لا تعاقب على الردة كما هـو حادث اليوم في مصر وغيرها من بلاد الإسلام، فليس لها أن تعاقب قاتل المرتد باعتباره مفتاتا عليها؛ لأنه لا يُعَدُّ مفتاتا إلا بتدخله فيما اختصت نفسها به من تنفيذ أحكام الشريعة، فإذا كانت قد أهملت تنفيذ حكم من الأحكام فأقامه الأفراد فليس لها أن تؤاخذهم على إقامته بحال من الأحوال ...

والقـاعدة العامة عند الشافعيين أن غير المعصوم معصوم على أنداده. فالمرتد غير معصـوم ولكـنه معصوم على شبيهه[1] فلايباح دمه لمرتد مثله، فإن قتله فهو قاتل متعمد ولو أسلم فيما بعد، بخلاف ما لو قتله مسلم فإنه لا يُعَدُّ قاتلا، وكذلك لوقتله ذمـي عـلى الرأي الراجح[2]. ويطبق الشافعيون قاعدتهم هذه على كل المهدرين، ولكن الفقهاء الآخرين لايأخذون بهذه القاعدة ...

وقتل المرتد يُعَدُّ واجبا في الشريعة الإسلامية على كل فرد وليس حقا؛ لأن عقوبة الـردة من الحدود، وهي واجبة الإقامة ولا يجوز العفو عنها ولا تأخيرها، ولا يعفي الأفراد من هذا الواجب أن يعهد بإقامته إلى السلطات العامة، ولايسقط هذا الواجب على الأفراد إلا إذا نفذته السلطات فعلا...

وتختـلف القوانـين عـن الشريعة الإسلامية في أنها لا تعاقب على تغيير الدين بالذات، ولكنها تأخذ بنظرية الشريعة وتطبقها على من يخرج على النظام الذي تقوم عـليه الجماعـة. فالدولـة الشيوعية تعاقب من رعاياها من يترك المذهب الشيوعي ويـنادي بالديمقـراطية أو الفاشـية، والدولة الفاشية تعاقب من يخرج على الفاشية ويـنادي بالشـيوعية أو الديمقراطية، والدول الديمقراطية تحارب الشيوعية والفاشية وتَعُدُّهمـا جريمة. فالخروج على المذهب الذي يقوم عليه النظام الاجتماعي في دائرة القانون يقابل الخروج على الدين الإسلامي الذي يقوم عليه نظام الجماعة في الشريعة الإسـلامية. والخـلاف بين الشريعة والقوانين في هذه المسألة خلاف في تطبيق المبدإ وليـس خلافـا عـلى ذات المبدإ. فالشريعة الإسلامية تجعل الإسلام أساس النظام الاجتماعي، فكان من الطبيعي أن تعاقب على الردة لتحمي النظام الاجتماعي ...

---

(١) أسنى لمطالب ج/٤ ص/١٣، شرح الأنصاري على البهجة ج/٥ ص/٣، ٤ ...

(٢) شرح الأنصاري على البهجة ج/٥ ص/ ٣ ...

<عوده> والقوانين الوضعية لا تجعل الدين أساسا للنظام الاجتماعي، وإنما تجعل أساسه أحد المذاهب الاجتماعية، فكان من الطبيعي ألاَّ تحرم تغيير الدين وأن تهتم بتحريم كل مذهب اجتماعي مخالف للمذهب الذي أسس عليه نظام الجماعة.

وقد جرى قانون العقوبات المصري مجرى القوانين الوضعية التي أخذ عنها، فلم ينص على عقاب المرتد مع أن الإسلام هو أساس نظام الجماعة في كل البلاد الإسلامية. ولكن عدم النص على عقاب المرتد لا يعني أن الردة مباحة؛ لأن الردة جريمة يعاقب عليها بالقتل حدا طبقا لنصوص الشريعة الإسلامية، تلك النصوص التي لا تزال قائمة ولا يمكن أن تلغي أو تنسخ بالقوانين الوضعية ما بقي الإسلام قائما كما بينا ذلك من قبل[1]؛ فمن يقتل الآن مرتدا لا يعاقب على قتله بأي حال، ولا يُعَدُّ مفتاتا على السلطات العامة؛ لأنه أتى فعلا مباحا طبقا للشريعة وأدى واجبا من الواجبات التي تفرضها عليه ...

ويلاحظ أن قانون العقوبات المصري، وإن لم ينص على عقاب المرتد إلا أنه لا يسري على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة (م/٦٠ عقوبات) وهذا يكفي لإعفاء قاتل المرتد من العقاب؛ لأن إعفاء من يستعمل حقه أساسه إباحة الفعل في الشريعة، وقتل المرتد فعل تبيحه الشريعة. وإذا كان قتل المرتد واجبا وليس حقا فإن كل واجب يساوي الحق ويزيد عنه درجة، فهو يساويه إذا نظرنا إلى ذات الفعل أو من يقع عليه الفعل، فإذا نظرنا إلى الفعل وجدنا أنه مباح في حالة الحق والواجب.

وإذا نظرنا إلى من يقع عليه الفعل وجدنا أنه لا يستطيع دفع الفعل بحُسبانه جريمة؛ لأن من حق الفاعل أن يأتيه عليه سواء في حالة الحق أو الواجب، ويزيد الواجب عن الحق إذا نظرنا إلى مصدر التكليف، فالمكلف بالواجب ملزم بإتيانه، أما صاحب الحق فله أن يأتيه أو يتركه. فالفرق بين الواجب والحق لا يظهر إلا في مسئولية المكلف بالواجب عند تركه، فهو قد يتعرض للعقاب بترك الواجب أما صاحب الحق فلا يتعرض بالترك لعقوبة ما، فإذا أعفى صاحب الحق من المسئولية إذا أتى فعلا مباحا له أن يأتيه أو يتركه فأولى أن يعفى المكلف بالواجب إذا أتى فعلا مباحا ليس له أن يتركه ...

---

(١) راجع الفقرة ١٩١ وما بعدها...

﴿عوده﴾ ويضـــاف إلى ما سبق أن المادة السابعة من قانون العقوبات المصري نصت أيضا على أن أحكام هذا القانون لا تخل في أي حال من الأحوال بالحقوق الشخصية المقـــررة في الشـــريعة، والواجبات المقررة على الأفراد ليست كما ذكرنا إلا حقوقا شخصية لهم في إتيان الفعل إذا نظرنا إلى محل الواجب. فالتطبيب واجب على الطبيب يلزمه الشارع بأدائه، ولكن تأدية هذا الواجب تعطي الطبيب الحق في جرح المريض أو بتر طرفه. وقتل المرتد واجب على كل فرد يسأل عن تأديته أمام الشارع، ولكن تأديـــة هذا الحق تعطي المكلف بالواجب الحق في قتل المرتد. ومن واجب الجلاد قطع رقـــاب المحكـــوم عليهم بالقتل، ولكن تأدية هذا الواجب تعطيه الحق في قطع رقبة المحكـــوم عـــليه. على أننا لسنا في حاجة لهذا التعليل مادمنا نقول ببطلان النصوص القانونية المخالفة للشريعة ...

۞ 377 – الردة جريمة ككل الجرائم :

نحن لا نؤيد قوله بأن من يقتل مرتدا لا يعاقب، وحجتنا أنه أشار إلى أن "الأصل أن قتل المرتد للسلطات العامة". ويجب علينا توضيح أن السلطات العامة المختصة بذلك هى القضاء الشرعى دون غيره .

ولا نقر نقده لمذهب الإمام/ مالك، الذى يقول بعقاب من يقتل المرتد تعزيرا، بل نحن نؤيد هذا الرأى. وإذا كان يكتفى بالتعزير فذلك تطبيق للمبدإ العام فى تضييق نطاق عقوبة القصاص – لوجود شبهة – فالإهدار هنا نسبى بمعنى أنه يترتب عليه عدم وجوب القصاص لكن يبقى التعزير – وهو الأصل فى نظرنا فى جميع الجرائم .

وعدم قيام السلطات العامة بتنفيذ حكم شرعى لا يجيز فى نظرنا للأفراد أن يدَّعوا لأنفسهم حق توقيع العقوبات، وإنما يجب عليهم إقامة حكومة إسلامية تلتزم بتنفيذ أحكام الشريعة على الجميع لا على المرتدين وحدهم.

إننا لا نوافق على القول بأن أى فرد له الحق فى قتل فرد آخر بدعوى أنه مرتد، لأن ذلك يؤدى إلى الفوضى. وإذا كان البعض قد أفتى بذلك فى العصور المتأخرة، فإنما غرضهم حرمان ممثلى السلطة الباغية التى لا تلتزم بالشريعة من ادعاء الحق فى محاكمتهم لأنها غاصبة معتدية، لكن لا يلزم لذلك إعطاء الأفراد حق قتل غيرهم؛ إذ يكفى القول بأن السلطات التى لا تلتزم بأحكام الشريعة ليس لها حق فى محاكمة الأفراد والحكم عليهم إلا بعد أن يحاكموا هم ويعاقبوا على جرائمهم؛ لأن القائمين باغتصاب السلطة وممارسة البغى والاستبداد هم أول من يجب محاكمتهم شرعا.. ولا يلتزم الأفراد بطاعتهم، لأنه لا طاعة لمخلوق يعطل أحكام الشريعة ويعلن ذلك ويتباهى به.

والقول بأن عقاب المرتد أساسه خروجه عن أصول النظام الاجتماعى وتهديده – أى ارتكابه لجريمة الخيانة العظمى – هو فى رأينا الأساس الصحيح لمعاقبة المرتد؛ وليس الأساس هو تغيير العقيدة لأن حرية العقيدة مكفولة فى الإسلام والعقاب يكون على سعيه للخروج على نظام المجتمع والدولة الذى قرره الدستور والقوانين فى الدول التى توصف بأنها دولة إسلامية وغيرها كذلك. فالردة المعاقب عليها فى نظرنا هى جريمة الخيانة العظمى التى يعاقب عليها فى جميع الشرائع – لذلك يجب تقديم الدليل على تلك

❁ الإهدار لا يعطي للفرد العادى حق توقيع عقوبة لم يحكم بها القضاء - لأنه وحده الذى له الحق فى الحكم بالإدانة فى جميع الجرائم بما فيها الحدود والقصاص... وبما فيها الردة :

الخيانة - بإثبات أعمال الخيانة - كالتواطؤ مع أعداء الدولة أو تأييد هجومهم العسكرى والسياسى والإعلامى على نظامها ودعايتهم ضدها. فلا يكفى فى نظرنا إثبات تغيير العقيدة كما هو الرأى الشائع عند كثيرين.

لقد ذهب فقيهنا الشهيد إلى القول بأن الشريعة تهدر دم المرتد، وبنى على ذلك القول بأنها لا تعاقب من يقتله، وأن رأيه أنه إذا قُدِّم قاتل المرتد للمحاكمة فإنه يجب على القاضى أن يبرئه[1]. ونحن لا نلومه على ذلك لأنه إنما أخذ بما قاله كثير من الفقهاء وخصوصا المتأخرين منهم - وما زال كثير من علمائنا يعلنون ذلك - بل إن الجماهير نفسها كثيرا ما تحبذ هذا الاتجاه وتفرضه بسبب ما يلجأ إليه بعض المرتدين من أقوال وأفعال تستفز الجماهير التى تَعُدُّ ذلك تحديا لمشاعرها وإهانة لعقيدتها وشريعتها ولكننا نحن نشترط لذلك ثبوت ارتكابه خيانة لها.

ومع ذلك، فإننا برغم احترامنا للفقهاء الذين يقولون بهذا الرأى ويدافعون عنه. نرى أن إهدار أى شخص بسبب الردة أو الإلحاد أو ما شاكل ذلك من الأفعال أو التصرفات التى تستفز الجماهير والأفراد وتسىء إلى النظام العام فى الأمة، لاتبيح قيام الأفراد العاديين بقتلهم؛ لأن الأصل هو قصر الحكم بالعقوبة الجنائية على القضاء الإسلامى، لأن القاضى هو وحده الذى له الولاية فى إصدار مثل هذه الأحكام على الجرائم، ومنها الردة سواء عَدَدْنا عقوبتها حدا أو تعزيرا.

وهذا يفترض وجود قضاء يطبق الشريعة ويلتزم بتنفيذها. ولكن ما الحكم إذا لم يوجد هذا القضاء ؟ أو وجد لكنه حُرِم من حقه فى تطبيق أحكام شريعتنا؟ هنا لا يجد كثيرون بدا من الأخذ بالرأى الراجح فى الفقه الذى يؤيده فقيهنا الشهيد. لكننا لا نقره لأنه يؤدى إلى تعميم هذه القاعدة فى جميع الحدود(2).

(1) و (2) نهاية البند (197).

❁ لن يجادل أحد فيما قلنا به إذا كان الحكام (السلاطين) يقومون بواجبهم في تطبيق الأحكام الشرعية، ولكن تقصيرهم في ذلك دفع كثيرين من فقهائنا لترجيح الرأي الذي نعارضه:

إنصافا لمن يقولون بالرأى الذى يتبناه فقيهنا الشهيد وكثيرون غيره، يجب أن نعترف بأن العذر الذى يقدمونه هو أن سلطات بعض الدول لا تسمح للقضاء بأن يعاقب أمثال هؤلاء المرتدين والملحدين حتى ولو عَدَّهم الجماهير خونة وعملاء لأعدائنا. بل إن كثيرا من المسئولين لايترددون فى تشجيعهم بالمناصب والجوائز ويتبنون آراءهم ويفرضونها على العامة وخاصة على الشباب والطلاب، الأمر الذى يتعارض مع الالتزام بالنص الشرعى بتحريم الردة والإلحاد والعقاب عليهما. ولذلك فإننا واثقون بأن بأكثرهم سيقرون رأينا إذا استقامت الأوضاع فى بلادهم والتزمت سلطات الدول بمبدإ سيادة الشريعة والالتزام بمبادئها وتنفيذ أحكامها .. لأن هذا هو أساس رأينا. ومع اعترافنا بقوة حجتهم، إلا أننا مع ذلك لا نقر ما ذهب إليه فقيهنا من تعميم هذه القاعدة فى جميع جرائم الحدود .. حيث ينسب إلى الفقه أنه مجمع على أنه إذا أهمل "ولى الأمر" فى إقامة الحدود فإن من واجب كل فرد أن يقيمها دون أن يُعَدَّ مرتكبا لجريمة[1].

وهــذا القول مبنى على أن ولى الأمر فى نظر الفقهاء الذين أفتوا بهذا الرأى هو من يـتولى الســلطة التنفيذية أى الأمير أو السلطان، فى حين أننا قدمنا أن "أولياء الأمر" الذين لهم الولاية فى التعازير والحدود والتشريع والقضاء على العموم هم المجتهدون من الفقهــاء والقضــاة، لأن الامتناع عن العدوان على الغير هو التزام بمبدإ شرعى وليس مجرد طاعة للسلطة يجوز الادعاء بسقوطه إذا كانت فى يد مغتصبة أو باغية أو معتدية.

نعــتقد أن الفقهــاء الذيــن أفتوا بهذا الرأى هم فى الغالب ممن عاشوا فى عهد السلاطين الذين استولوا على السلطة بالبغى والغلب "وأهملوا" تطبيق الحدود – أو بالأصــح عطلوا عمل القضاة فى هذا المجال – أو الذين توقعوا منهم ذلك، لأنهم هم وأعوانهم كانوا أول من توجب الشريعة معاقبتهم على أعمال البغى والظلم والفساد التى كانوا يرتكبونها، إننا لا نستطيع الآن أن نناقش هؤلاء الذين قالوا بذلك، ولا ندعى

(1) يراجع البند (203).

❁ عدم قيام الدولة بتنفيذ الحدود لا يبيح للفرد أن يقوم بذلك في نظرنا، وإنما يوجب عليه مقاومة السلطة التي لا تقوم بهذا الواجب الشرعي الذي هو المبرر لوجود الدول في شريعتنا :

القـــدرة على استقصاء كتب الفقه التي أشار إليها شهيدنا، ولذلك فإننا نتحفظ على هذا القول لأننا نرى أن أولى الأمر المسئولين عن إقامة الحدود والتعزير على الجرائم هـــم المجتهدون من العلماء والفقهاء والقضاة والقائمون بتنفيذ أحكام الشريعة – أما السلاطين والأفراد فليسوا إلا منفذين لأحكام القضاء الشرعي ..

وفي حالة إذا كان القضاة الشرعيون غير موجودين أو عجزوا عن إقامة الحدود والتعازير بسبب منع السلاطين لهم من ممارسة ولايتهم، فإن القول بأن أى فرد يمكنه أن يقـــوم بذلك هو رأى غير عملي وضار بالمجتمع في نظرنا لأسباب كثيرة، أولها أن ذلـــك سوف يكون لصالح الطغاة المستبدين، لأنه لن يكون فى مقدور الفرد أن يقيم الحـــد عـــلى ذوى السلطان وأعوانهم، بل ولا على من هم شوكة عصبية أو مركز اجتماعي قوى، ولن يقدم الفرد على إقامة الحد إلا على من يعتقد أنه أضعف منه..

وبذلك لا تتحقق عدالة جدية ويزول مبدأ المساواة أمام أحكام الشريعة الذى هو أصل من أصول شريعتنا وأول واجبات القضاة وأولياء الأمور الشرعيين .

إنـــى أفضـــل القول بأن العلماء والفقهاء الذين أفتوا بهذا القول هم الذين يجب عـــليهم أن يـــتولوا هذا الأمر ويقيموا مؤسسات شرعية صحيحة، وإذا عجزوا عن ذلك فغيرهم من الأفراد أكثر عجزا. لذلك نرى أن العامة لا يكون لهم إقامة الحدود إلا إذا استطاعوا أن يبدءوا بمحاسبة المغتصبين للسلطة المستبدين أو الباغين وتصحيح الـــنظام السياسى. ولن يكون ذلك فى مقدورهم إلا إذا تضامنت معهم جماهير الأمة وأهـــل الحـــل والعقـــد والأئمـــة والفقهاء الذين من حقهم شرعا محاسبة المغتصبين ومســـاءلتهم ومجـــازاتهم على ما يرتكبونه من ظلم وبغى وفساد وتعطيل لحدود الله ومـــنعهم القضـــاة من إقامة الحدود وتطبيق التعازير، وقبل ذلك كله إقدامهم على اغتصاب السلطة والسطو على الحكم بدون شورى حرة شرعية كما توجب شريعتنا الغراء .. ولن يكون ذلك إلا بمقاومة حكام الجور الطغاة المستبدين أو الثورة عليهم .

❁ نرى أن من يستبيح لنفسه تنفيذ الحد مخطئ، وأقصى ما يمكن القول به أنه يمكن إسقاط القصاص أو الحد عنه لوجود الشبهة، لكنه يستحق التعزيرعن فعله

وهو أمر يتفادى كثير من الفقهاء التصريح به إذا كانوا يعيشون فى ظل سلطات من هذا النوع الذى يصفونه بأنه "ملك عضوض "..

* * *

لا بد أن أذكر أننى تحدثت مع الأستاذ الشيخ / محمد الغزالى – بعد الشهادة التى قدمها فى إحدى القضايا وذكر فيها ما قاله فقيهنا من إدانة قاتل المرتد بجريمة "الافتئات على السلطة" – وقلت له : يجب أولا أن نعرّف السلطة التى وقع عليها الافتئات بأنها "القضاء الشرعى" ... فمن هو الذى بدأ بالافتئات على سلطة القضاء الشرعى ومنعه من إقامة الحدود والذى يجب أن يجازى على ذلك الافتئات؟

* * *

إننا نرى أن المرتد كالحربى ليس أساس الإهدار هو الكفر أوالإلحاد أو ما يتعلق بالعقيدة، بل هو الانحياز إلى أعدائنا والمشاركة فى تنفيذ مخططاتهم لتشكيك الأمة فى عقيدتها بل والتحالف معهم لإبعادها عن الالتزام بشريعتنا التى تفرض علينا الجهاد ضد أعدائنا – (وهى فى نظرهم أساس وحدتنا وقوتنا) ...

وبالتعبير العصرى هى أعمال تكون جريمة خيانة عظمى بالنسبة للمرتد، لأنه يشارك أعداءنا ويؤيدهم فى الحرب التى يمارسونها ضدنا.

إننا إذا كنا نؤيد القول بأن عقوبة الردة هى تعزيرية وليست حد القتل، فإننا نؤيد المتمسكين بضرورة ردع هؤلاء المتعاونين مع القوى الأجنبية المعادية الذين يلهثون وراء ما تسبغه عليهم من جوائز وتكريم بل وأسفار وأموال ومدائح فى الدعايات الإعلامية وصلت إلى حد إسباغ وصف المفكرين الإسلاميين على بعض هؤلاء المرتدين، فى حين أنهم يصفون دعاة الإسلام ومفكريه وفقهائه بأنهم "أصوليون" أو متطرفون بل ويتهمونهم بالإرهاب الفكرى أولا ثم بعد ذلك بالإرهاب الذى يجندون لمهاجمته دولا وحكومات كثيرة فى بلادهم وبلادنا واستعداء "النظام العالمى" لمحاصرتهم والهجوم عليهم..

❁ الردة تكون خيانة عظمي ويعاقب عليها بهذه الصفة إذا كانت انحيازا لأعداء الإسلام ومساعدة لهم ضد الأمة وعقيدتها وحقوقها :

لكن حرصنا على معاقبة المرتدين بالتعزير، لا يصل لحد القول بأننا نوافق على أن قتلهم مباح لكل فرد – رغم تكرار هذا القول فى المتن – ويسرنا كما قلنا أنه يؤكد من ناحية أخرى أن القضاء – أو ما يسميه السلطات العامة – هو وحده الذى يملك العقاب، وأن الفرد الذى يدعى لنفسه حق معاقبة مرتكبي الحدود يعاقب على جريمة سماها "الافتيات على السلطة العامة"، ونحن نقول إنه لايرتكب عملا مباحا بل جريمة عادية تعزيرية.

المشكلة الحقيقية – كما قال فقيهنا – هى أن بعض الحكومات لا تقوم بواجبها فى فرض عقوبة التعزير على المرتدين، ولا فى تنفيذ أحكام شريعتنا، وبعضهم يجارى أعداء الإسـلام ويعاونهم فى استغلال هذا الصنف من الخارجين على الإسلام المهاجمين لمبادئه وعقـائده وشريعته وتاريخه، فلا تجد الجماهير أمامها للرد على هذا الاستفزاز والهجوم إلا المطالـبة بتوقيع الحد عليهم أو تشجيع بعض الأفراد للعدوان عليهم انتقاما لأمتهم واعتقادا منهم أن ذلك واجب وحق لهم كما كان يؤكد جمهور الفقهاء..

إن مـن يصرون على توقيع عقوبة الحد على المرتدين بمعرفة الأفراد قد يكونون معذوريـن، لأنهم يعتقدون أنهم بذلك يدافعون عن كيان أمتهم وشريعتها ضد هجوم أجنبى تشارك فيه عناصر داخلية يَعُدُّونها شريكة فى العدوان ومؤيدة له وخائنة لأمتهم – وسيبقى لهم هذا العذر سببا لسقوط عقوبة الحد أو القصاص عليهم، طالما أن الأمة ترى أحكام شريعتها معطلة .

أمـا رأيـنا، فهو يفترض أن الشريعة نافذة ومطبقة فعلا على الحكام والمحكومين جميعـا – وإذا عطـلت الشريعة فإن هذه الأوضاع الشاذة هى التى تستفز الجماهير للمطالـبة بتوقيع الحد على من يُعَدُّون خائنين لأمتهم وشعوبهم، بل إن بعض الفقهاء يبـيحون ذلـك للأفراد وإن كنا لا نقر بذلك – ونأمل أن يكون رأيهم صوابا وأن نكون نحن المخطئين ...

<عوده> ٣٧٨ ـ (ثالثا) الزانى المحصن: تعاقب الشريعة الزانى المحصن بالرجم، والزانى غير المحصن بالجلد. وعقوبة الرجم عقوبة متلفة يقصد منها إهلاك الزانى وزجر غيره، أما عقوبة الجلد فغير متلفة ويقصد منها تأديب الزانى وزجر غيره. ولما كانت عقوبة الرجم متلفة وكانت حدا أى عقوبة مقدرة فقد عُدَّ الزانى المحصن مهدر الدم ...

ومن المتفق عليه عند مالك وأبى حنيفة وأحمد أن ليس على قاتل الزانى المحصن قصاص ولا دية؛ لأن الزانى المحصن يصبح بزناه مباح القتل. ولما كانت عقوبة الزنا من الحدود والحدود لا يجوز تأخيرها، ولا العفو عنها، فإن قتل الزانى المحصن يُعَدُّ واجبا لابد منه إزالة للمنكر وتنفيذا لحدود الله(١)...

ويتفق الرأى الراجح فى مذهب الشافعى مع الرأى السابق. أما الرأى المرجوح فى مذهب الشافعى فيرى أصحابه أن قاتل الزانى المحصن يقتل به؛ لأنه قتله لغيره وليس لنفسه فوجب فيه القصاص، كما لو قتل رجل رجلا فقتله غير ولى الدم(٢) .

ويرد على ذلك بأن الزانى المحصن مباح الدم للجميع لا لشخص بعينه، وأن قتله محتم لا خيار فيه بعكس القاتل فإن دمه لا يباح إلا لولى الدم فقط، وله الخيار إن شاء قتل وإن شاء عفا ...

وإذا كان لا يجوز مؤاخذة من يقتل الزانى المحصن بعَدِّه قاتلا، فإنه لا يجوز أن يؤاخذ بعَدِّه مفتاتا على السلطات العامة(٣)، بشرط أن تأخذ السلطات العامة على عاتقها أداء هذا الواجب، فإذا أهملت فى أداء هذا الواجب أو تخلت عنه فليس لها أن تؤاخذ من أداه بحجة أنه مفتات عليها ...

ويشترط الشافعيون فى قاتل الزانى المحصن أن يكون معصوما؛ لأن مهدر الدم لا يُعَدُّ مهدرا لمثله، فالزانى المحصن لا يُعَدُّ مهدر الدم للزانى المحصن، ولا للمرتد، ولا للحربى لأنهم جميعا فى درجة واحدة ودمهم جميعا مهدر(٤)...

---

(١) حاشية الطهطاوى ج/ ٤ ص/ ٢٦٠، مواهب الجليل ج/٦ ص/٢٣١، ٢٣٣، المغنى ج/٩ ص٤.
(٢) المهذب ج / ٢ ص / ١٨٦ ...
(٣) المرجع السابق وتبصرة الحكام ج/٢ ص/١٧٠ ...
(٤) تحفة المحتاج ج/٤ ص/١٠، شرح الأنصارى على البهجة ج/٥ ص /٣، ٤...

﴿عوده﴾ أمـــا إذا كـــان الزانى غير محصن فعقوبته الجلد فقط، فمن قتله فى غير حالة التلـــبس عُدَّ قاتلا عمدا وأقيد به؛ لأنه قتل معصوم الدم. وهذا متفق عليه بين الأئمة الأربعة ...

وإذا قتل الزانى غير المحصن فى حالة التلبس، فلا عقوبة على قاتله عند مالك وأبى حنيفة وأحمد، وحجتهم فى ذلك قضاء عمر رضى الله عنه، فقد كان يتغدى يوما فأقبل عـــليه رجـــل يعدو ومعه سيف ملطخ بالدم حتى قعد مع عمر، وجاء جماعة فى أثره فقـــالوا: إن هذا قتل صاحبنا مع امرأته. فقال عمر : ما يقول هؤلاء ؟ قال الرجل : لقد ضربت فخذى امرأتى بالسيف، فإذا كان بينهما أحد فقد قتلته. فقال لهم عمر: مـــا يقول الرجل ؟ فقالوا: ضرب بالسيف فقطع فخذى امرأته وأصاب وسط الرجل فقطعه اثنين. فقال عمر للرجل : إن عادوا فعد، وأهدر دم القتيل ...

ويعـــلل بعض الفقهاء إباحة القتل فى حالة التلبس بالزنا بالاستفزاز الذى ينتاب القاتل فيدفعه للقتل. وهؤلاء يفرقون بين الأجنبية وغير الأجنبية، فإن كانت المزنى بها أجنـــبية فلا يباح القتل، وإن لم تكن أجنبية يباح القتل؛ لأن الزنا بالأجنبية لا يستفز الشخص كما يستفزه الزنا بأهله من زوجة أو أم أو أخت... إلخ .

ولكـــن أغلب الفقهاء لا يعللون الإباحة بالاستفزاز، وإنما يعللونها بتغيير المنكر، فيرون أن قتل الزانى غير المحصن فى حالة التلبس تغيير للمنكر باليد، وهو واجب على مـــن اســـتطاعه[1]. وأصحاب هذا الرأى لا يفرقون بين الزنا بأجنبية أو بغير أجنبية، ويبيحون قتل الزانى غير المحصن رجلا كان أو امرأة فى حالة التلبس مطلقا. وهذا هو الرأى الراجح فى المذاهب الثلاثة[2]...

أمـــا الشافعى فلا يرى قتل الزانى غير المحصن فى حالة التلبس إلا إذا لم يمكن منعه عن الجريمة إلا بالقتل، وفيما عدا هذا يُعَدُّ قتله جريمة يعاقب عليها بعقوبة القتل العمد ســـواء كـــانت هناك حالة استفزاز أو لم تكن؛ لأن الاستفزاز لا يبيح القتل؛ ولأن دفع

---

(١) راجع الفقرة / ٣٤٥...

(٢) تبصرة الحكام ج/٢ ص/١٦٩،١٧٠، البحر الرائق ج/٥ ص/ ٤٠ :٤١، المغنى ج/١٠ص/٣٥٣ وما بعدها...

(عوده) المنكر لا يبيح القتل إلا إذا كان القتل هو الوسيلة الوحيدة لدفع المنكر[1]. على أن بعض الشافعيين يرى قتل الزانى غير المحصن ما دام قد أولج لأنه مواقع فى كل لحظة[2] ويبيح هؤلاء لدافع المنكر أن يبدأ بالقتل ...

ويستوى عند الفقهاء أن يكون القتل للزنا بصفة عامة قبل حكم القضاء بثبوت جريمة الزنا أو بعد الحكم، والمهم أن تثبت جريمة الزنا على القتيل بأدلتها الشرعية، فإن ثبتت فلا يسأل القاتل عن القتل على التفصيل السابق، وإن لم تثبت فهو مسئول جنائيا عن القتل العمد ...

وليس فى القوانين الوضعية الحديثة ما يتفق مع الشريعة الإسلامية فى عقاب الزنا، فليس فى هذه القوانين ما يعاقب على الزنا بالقتل أو ما يعاقب على كل زنا كما تفعل الشريعة. وقد نهج قانون العقوبات المصرى نهج القوانين الوضعية السائدة فى البلاد غير الإسلامية، لكن نصوص قانون العقوبات، أيا كانت لا أثر لها على أحكام الشريعة، وهى نصوص باطلة بطلانا مطلقا فى كل ما يخالف الشريعة، صحيحة فقط فى كل ما يتفق مع أحكام الشريعة أو مبادئها العامة، وقد بسطنا هذا من قبل بسطا وافيا فلا نعود إليه[3] ...

وإذا كان قتل الزانى المحصن واجبا تلزم به الشريعة الأفراد، فإن هذا الواجب يدخل تحت الحقوق الشخصية التى نص عليها قانون العقوبات المصرى للأسباب التى ذكرناها بمناسبة الكلام على واجب قتل المرتد، ولا نذكر هذا لنبرر به قتل الزانى المحصن؛ فقتله واجب طبقا للشريعة، ولا عبرة بالنصوص القانونية المخالفة للشريعة.

وإنما نذكر ما نذكر فى هذا الشأن لنبين مدى اضطراب النصوص القانونية، فبعضها لا يعاقب على ما تبيحه الشريعة من قتل المرتد والزانى وغيرهما من المهدرين كالمادة السابعة من قانون العقوبات، وبعضها يحرم قتل المهدرين كنص المادة ٢٣٠ عقوبات، وعلة هذا الاضطراب أن واضع قانون العقوبات كان يجهل مدى الحقوق المقررة للأفراد فى الشريعة ومدى الواجبات المفروضة عليهم ...

---

(١) المهذب ج/٢ ص/ ١٨٦، الأم ج/٦ ص / ٢٦ ...

(٢) شرح الأنصارى على البهجة ج/٥ ص/١١٣ ...

(٣) راجع الفقرة رقم ١٩١ وما بعدها ...

❁ 378 – مرتكبو الجنايات الكبرى – وعقوبة الزنا :

فى هـــذا البند وما يليه نستعرض حالة طائفة من يُعَدُّون مهدرين بسبب ارتكابهم جرائم يعاقب عليها بالقتل، ومنهم "الزانى المحصن" فى رأى الجمهور والمحارب والباغى ومـــرتكب الجـــرائم التى يعاقب عليها بالقتل قصاصا. وقد استطرد فقيهنا فى الكلام على تلك الجرائم وعرض آراء الفقهاء بشأنها.

والـــذى يهمـــنا هـــنا هو العلة التى تربط بين هذه الفئة من مرتكبى الجرائم مع الطائفتين السابقتين – المحاربين والمرتدين.

فقد أوضحنا أن علة إهدار أولئك هى عداوتهم للأمة الإسلامية أو مشاركتهم فى هذا العدوان بممالأة العدو الذى يهدد كيان شعوبنا ويمكن أعداءنا من السيطرة عليها واستعباد شعوبها أو إبادة بعضهم فى بعض الأحيان.

ونعـــتقد أن مـــرتكبى الجرائم الخطيرة التى تعاقب عليها شريعتنا بعقوبات مقدرة قصوى حدا أو قصاصا يهددون مجتمعنا وشعوبنا بصورة جعلت المشرع الإلهى يخصهم بنصوص صريحة تفرض عليهم عقوبات حدية أو قصاصا – ولذلك فإن فقيهنا يَعُدُّهم مهدرين كما هو الشأن بأولئك الذين يهددون بلادنا بعدوان خارجى من الحوبيين أو أعوانهم وشركائهم من الخونة المرتدين.

إن الله سبحانه وتعالى أراد بهذه النصوص الجنائية أن يذكر أمتنا بأن الخطر الذى يهدد كيانها لا يأتى فقط من الخارج فى حالة عدوان المحاربين أو تآمر الخونة المرتدين، بـــل إن أخطـــار الفســـاد الداخلى والانحلال الأخلاقى لا تقل خطورة عن العدوان الأجـــنبي. والنصوص التى تقرر العقوبات القصوى المقدرة على الجرائم الخطيرة التى تهـــدد قيم المجتمع وكيانه الاجتماعى والأخلاقى قصد بها تحذير الأمة من هذا الخطر ودعوتها لحماية القيم الأخلاقية والسلوكية التى تحصن المجتمع من الفساد والانهيار..

إن فقيهـــنا يـــراعى أن شـــريعتنا عنيت بحماية القيم التى فرضتها لسلامة البناء الاجتماعى، كما عنيت بحماية الأوطان والشعوب من العدوان الأجنبى، وذلك بتقرير عقوبـــات قصوى مقدرة حدا أو قصاصا على من يرتكبون جرائم خطيرة تهدد هذه القيم الأخلاقية والاجتماعية.

❁ المجتمع هو الذى له حق توقيع العقوبات المقدرة حدا أو قصاصا، ويمثله القضاء وحده، وليس للفرد حق اغتصاب سلطة القاضي، وعليه أن يرفع الأمر للقضاء، لا أن يتولى الادعاء والحكم معا :

إن العقوبات القصوى لم يقصد بها استئصال من يرتكبون هذه الجرائم الخطيرة لأن الواقـــع يؤكد أن الانحرافات والجرائم ملازمة للمجتمعات الإنسانية فى جميع العصور والأقاليم. وإنما قصد بها أولا إلزام مجتمعنا أى جمهوره وعامته وأولى الأمر فيه بإعلان اســـتنكارهم لتـــلك الجـــرائم وعـــزمهم على مقاومتها بجميع الوسائل، بما فى ذلك العقوبات الحدية أو القصاص إن لم تكف الوسائل التربوية والثقافية والاجتماعية..

لقـــد أفـــاض فقيهـــنا فى الكـــلام عن أركان هذه الجرائم وعقوباتها وأحكامها ومحاكماتها – وهذا ظاهر مما قدمه من عرض واسع ومفصل فى المتن – وعلينا نحن أن نقـــتحم مجـــالا أعمـــق وأخطر، وهو بيان القيم والحقوق التى قررت هذه العقوبات لحمايتها وتحصينها.

وقـــد أشـــرنا من قبل عند كلامنا فى تقسيم الجرائم إلى أننا فى حاجة إلى تقسيم موضوعى يربط كل جريمة بالحقوق والقيم الاجتماعية والأخلاقية التى قررت عقوبات الحدود والقصاص لحمايتها..

إن منطق التدرج يوجب علينا أن نبدأ بمرتكبى جرائم "الحرابة" والبغى والفساد فى الأرض – عقب كلامنا عن المحاربين والمرتدين – لكن فقيهنا آثر أن يبدأ بجريمة "زنا المحصن" فى هذا البند.

ربمـــا كان الذى دفعه للكلام عن إهدار مرتكبى جريمة زنا المحصن بعد الكلام عن مرتكبى الردة هو أن هناك من يعارضون فى وجوب هذين الحدين ...

وطبقا للمبدإ الذى نسير عليه دائما فى تضييق نطاق الحدود الجنائية، فإننا قلنا من قـــبل إننا نؤيد الرأى الذى يعارض فى تطبيق حد القتل (الرجم) فى جريمة زنا المحصن (كما عارضنا فى تطبيق حد القتل على المرتدين)، ونفضل الرأى القائل بأن الحد المقرر فى القرآن الكريم لجريمة الزنا سواء المحصن أو غيره هو الجلد. ولا نؤيد القول بنسخ النص القرآنى بالسنة النبوية، خصوصا وأنها أحاديث آحاد ... أو سنن فعلية ليس من

❁ نؤيد رأى الأمام الشافعي، وإن كنا نجيز إسقاط القصاص لوجود شبهة، ونرى أن يكتفي بالتعزير فى هذه الحالة :

المؤكد أنها تمت بعد نزول النص المقرر لعقوبة الجلد. سواء كانت عقوبة زنا المحصن هـى الرجم أو الجلد، فإنها عقوبة حدية بدنية مقدرة مقررة بنص شرعى، فمن الواجب أن نذكـر القـارئ بما قلناه من قبل من أن تقرير عقوبة حدية بدنية فى جرائم العرض (الـزنا والقذف) يرجع إلى عناية شريعتنا بحماية كيان الأسرة وحصانتها بحسبانها نواة المجتمع وقاعدته، وضمان سلامتها لأنها هى أساس تقدم المجتمع ونموه وبقائه.

وعـلى الفقه وكل من يمثلون أمتنا من أهل الاجتهاد أو أهل الذكر أو أهل الحل والعقـد أن يـأخذوا هذا المبدأ بعين الاعتبار، سواء عند دراسة أحكام هذه الجرائم وعقوبـتها، أو مواجهـة ما يستجد من متطلبات وأحكام مستحدثة لمواجهة الهجوم الـذى يشنه أعداؤنا على مبادئ شريعتنا التى تحمى الأسرة وكيانها ووحدتها، وغير ذلـك مـن المبادئ التى يعتقدون أنها تحول دون تحقيق أهدافهم للسيطرة على بلادنا وشعوبنا مثل مبدإ الجهاد ووحدة الأمة الإسلامية وقوتها.

وفيما يخص الإهدار، فإنه لا ينحصر فى إهدار حياة الشخص بقتله، وإنما يدخل فى نطاقه إهدار سلامة الجسم بإباحة قطع الأطراف (فى حالة القصاص) فى الأحوال التى تقرر فيها هذه العقوبة .

وطبقا للمبدإ الذى نسير عليه، فإن الإهدار يقصد به تقرير حق المجتمع فى توقيع تـلك العقوبـات وإن الـذى يمثل المجتمع فى ذلك هو القضاء وحده ومن يعاونون وينفذون أحكامه، ولا يحل الفرد العادى ولو كان هو المجنى عليه محل القضاء وأعوانه – وفيما عدا هذا نحن مع كل ما قاله فقيهنا فى هذا الصدد – خصوصا أنه يؤيد قوله بما نسب لأئمة الفقه فى المذاهب المشهورة.

* * *

ثم إن ما نسبه للإمام الشافعى من قول بأن قاتل الزانى المحصن يقتل به. يدل على أن هـذا الـرأى يؤيد وجوب توقيع عقوبة القصاص على مرتكب العدوان على الزانى المحصـن. ونحن لا نصل لهذا الحد ولا نقول بوجوب القصاص، وإنما نرى أن العقوبة تكون تعزيرا فقط، ونعتقد أن الفقه فى كثير من الأحيان لا ينكر ذلك، بدليل أن فقيهنا

❁ إباحة إقامة الحد أو القصاص دون رجوع للقضاء يوقع المجتمع فى فوضى لا تقرها شريعتنا :

أجــاز التعزير بحجة ارتكاب جريمة "الافتئات على السلطة العامة". ومعنى ذلك أن مــبدأ الــتعزير وارد ولا جدال فيه. والخلاف بيننا وبينه هو نوع الجريمة التى يعزر بسببها مرتكب هذا الاعتداء: فنحن نصر على وصفها بأنها جريمة اعتداء على شخص وليســـت عملا مباحا ولا واجبا كما ورد فى المتن، وهو يكتفى بوصفها بأنها "افتئات على السلطة العامة" أى سلطة القضاء واختصاصه.

وكما قلنا من قبل، فإننا لا نقر القول بأن تقصير السلطة القائمة فى تطبيق الشريعة أو تــنفيذ الحدود يعطى للأفراد الحق فى تطبيق أو تنفيذ تلك العقوبات بأنفسهم – وإنما يعطيهـــم الحق والواجب فى محاسبة الحكام وتغييرهم حتى يلتزم الجميع بأحكام الشريعة الــتى تحمــى كيان المجتمع كما تحمى حقوق الأفراد وحرماتهم، وهذا فى نظر كثيرين أصعب بكثير من مجرد الاجتراء على حياة شخص وخاصة إذا كان من المستضعفين..

أمـــا تـــرك هـــذا الواجب الشرعى فى إقامة الحكم الصالح الذى يلتزم بالشريعة ويطبقها لإصلاح المجتمع ومؤسساته، والاكتفاء بترديد فتاوى تفتح الباب أمام الأفراد يقـــتل بعضهم بعضا بحجة إقامة الحدود، فهذه فوضى لا نقرها ونعتقد أن شريعتنا لا تسمح بها، لأنها تدفع مجتمعنا إلى الانهيار ومواصلة تعطيل أحكام الشريعة التى توجب إقامة الحكم الصالح .

يكفينا أنه قال بأن المهم هو أن تثبت جريمة الزنا بأدلتها الشرعية – والذى يقدر الأدلـــة الشرعية هو القاضى وليس الفرد العادى – كما أن تقدير الأدلة ومناقشتها يجب أن يسبق العقاب لا أن يوقع العقاب وبعد ذلك نثبت الجريمة.

وثورتـــه على القوانين المستوردة التى تبيح الزنا ولا تعاقب عليه، فى محلها، ونحن نؤيدها ونشاركه فيها. لكن تحريم الزنا ومعاقبة مرتكبه لا يكون فى نظرنا بإباحة القتل دون محاكمـــة قضائية ودون حكم شرعى بعد محاكمة عادلة وحكم قضائى مبنى على أدلـــة تعرض فى مجلس القضاء وتناقش أمام القاضى بل وأمام عامة الناس وجمهورهم – فـــلا يجوز أن يبادر شخص بمفرده لتوقيع العقوبة دون هذه الإجراءات والمحاكمات الشرعية.

❁ إذا كان القصاص حقا للمجنى عليه أو ولى دمه فلا بد أن يرجع للقضاء للمطالبة به لا أن يدعي لنفسه سلطة الادعاء والحكم والتنفيذ :

نحن لا نؤيد قوله بأن عقوبة الزانى المحصن هى الرجم، ونرفض القول بنسخ النص القرآنى للأسباب التى بيناها سابقا، و لا نتجاهل الأقوال التى ترى أن عقوبة الزنا فى جميع الأحوال هى الجلد بنص الآية الكريمة. ثم إن القول بعقوبة الرجم للزانى المحصن أساسه أن النبى صلى الله عليه وسلم قد نفذ هذه العقوبة، والرأى الذى نؤيده يستند إلى أن ذلك إنما حدث قبل ورود النص القرآنى العام. وأصحاب هذا الاتجاه يرون أن السنة النبوية خصوصا سنة الآحاد لا يمكن أن تنسخ حكما نص عليه القرآن صراحة بوضوح قاطع. ونحن نؤيد هذا الرأى الذى يقول به عدد من العلماء السابقين والمعاصرين.

وتوضيح هذا الرأى يعطى للقارئ فرصة لفهم كل ما قاله بشأن عقوبة الرجم وما رتبه عليها من "إهدار".

وسواء كانت العقوبة هى الجلد أو الرجم للزانى المحصن، فإننا نذكر كل باحث بأن الإهدار الكامل معناه إعطاء القضاء سلطة المحاكمة، والحكم بالعقوبة الحدية طبقا للأصول الشرعية، ولا يبرر فى نظرنا إطلاق يد جميع الأفراد لقتل غيرهم دون محاكمة شرعية.

وإذا كان لا بد من الاختيار بين المذاهب المختلفة، فإن الرأى المرجوح الذى نسبه لمذهب الشافعى هو فى نظرنا أولى من سواه.

أما الاحتجاج بإهمال السلطة العامة أو تخليها عن إقامة الحد، فالأولى أن نطلب من الجميع تصحيح وضع الحكام وإقامة حكم إسلامى صالح يلتزم بأحكام الشريعة – وأول من يجب عليهم ذلك فى نظرنا هم الفقهاء والعلماء – وهذا أولى من الإفتاء بإباحة القتل للأفراد، الذى يدفع المجتمع إلى الفوضى التى لا تقرها شريعتنا.

إننا لا نستسيغ أن ينسب إلى شريعتنا القول بأن هناك أناسا دمهم مباح لكل من هب ودب، كأننا فى غابة لا شريعة فيها ولا قضاء. إن شريعتنا تخاطب الجماعة المنظمة، وتفرض علينا إقامة مؤسسات مسئولة أمام الأمة، فهى وحدها التى تملك تنفيذ الحدود والحكم بها وليس الأفراد الذين يتأثرون بنزعة الانتقام والثأر. وإذا لم يوجد

❁ نحن نرى أن من يقتل المستحق للقصاص يعزر لأنه ارتكب جريمة قتل، لكن سقط القصاص لوجود شبهة بدلا من قوله إنه يعزر لافتئاته علي السلطة العامة :

الحكـــام الذين يلتزمون بذلك، فواجب الأفراد والعلماء والجماهير أن تسعى وتعمل لإقامة حكم شرعي راشد صالح، بدلا من إطلاق الحرية للأفراد ليقتل بعضهم بعضا.

لقد سبق أن قلنا إن الشريعة تخاطب الجماعة وتخاطب الفرد. والآن يجب أن نقول إن الجماعـــة لهـــا حقـــوق لا يملكها الفرد، وفى نطاقها تملك الجماعة وحدها ممارسة حقوقها وأهمها فى نظرنا حق القضاء و العقاب الجنائى. فكل ما يدخل فى هذا النطاق هو من شأن الجماعة المنظمة، فلا يجوز للفرد مهما تكن صفته أن يدَّعى لنفسه ذلك، والذى يمثل الجماعة هو القضاء وحده ولا حق لغيره فى توقيع عقاب جنائى ولا تنفيذ عقوبة جنائية.

ثم إن استطراد بعض فقهائنا للقول بأن بعض العقوبات كالقصاص هى حق خاص لـــلمجنى عليه أو ولى الدم لا يجوز أن يفهم منه أن الدعوى الجنائية فى تلك الحالات ملك لهم، بل معناه فقط أن لهم حقوقا معينة فى طلب المقاضاة ورفع الدعوى للقضاء أو التـــنازل عـــن دعـــوى القصاص أو عن تنفيذ عقوبة معينة حكم بها القضاء هى "القصاص" – لكن ليس معناه أن يباح لهم محاكمة المدعى عليه أو إدانته أو تبرئته أو تحديـــد عقوبـــته أو الحكــــم بها أو تنفيذ العقوبة؛ فكل ذلك من اختصاص القضاء الشرعى. وإن العقوبة تكون تعزيرا فى نظرنا.

نحن لا نفهم القول بأن من يقتل شخصا مهدرا يعزر لارتكابه جريمة اعتداء على الســـلطة العامـــة فقـــط، وأنه لا يُعَدّ قاتلا أو لا يوصف بأنه اعتدى على المقتول. فالاعـــتداء عـــلى الأشخاص فى جميع الأحوال هو اعتداء على الجماعة كلها وعلى حقـــوق المجتمع، ومعناه أن الفعل جريمة، وهى جريمة قتل فى نظر شريعتنا، ولا يجوز إنكـــار هذه الصفة عليها، ولا دليل على انتفاء وجودها. أما القول بأن التعزير سببه مجرد اعتداء على السلطة العامة فكأننا نفترض أن السلطة العامة لها حقوق ذاتية غير حقوق المجتمع، مع أنها فى شريعتنا لا شرعية لها ولاحقوق إلا بصفتها ممثلة للمجتمع، وفى حـــدود هـــذه الصفة وحدها. فنحن نتفق معه فى وجوب التعزير، لكننا لا نقر وصف القتل أو الجرح بأنه مجرد اعتداء على حق السلطة العامة.

⟨عوده⟩ ٣٧٩ - (رابعا) **المحارب** : المحارب هو من يرتكب جريمة الحرابة أى الإفساد فى الأرض، أو قطــع الطــريق كما يسميها البعض، أو السرقة الكبرى كما يسميها البعض الآخر ...

ولجــريمة الحرابة أكثر من عقوبة واحدة، وذلك ظاهر من قوله ﷻ : ﴿إنما جزاء الذيــن يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فسادا أن يقتَّلوا أو يصلَّبوا أو تقطَّع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو يُنفَوا من الأرض﴾ [المائدة :٣٣]. فعقوبة الحرابة هى القتل والصلب وقطع الأيدى والأرجل من خلاف والنفي، وأول ما يلاحظ على هذه العقوبات المتعددة أنها ليست جميعا متلفة...

وقد اختلف الفقهاء فى أمر هذه العقوبات هل هى مرتبة على قدر الجريمة أم هى عــلى التخيير؟ وأساس اختلافهم هو تفسير الحرف (أو). فمن رأى البعض أنه جاء للتفضيل والترتيب ومن رأى البعض أنه جاء للتخيير...

يــرى الفقهاء فى مذهب أبي حنيفة والشافعي وأحمد أن العقوبات مرتبة على حسب الجــناية التى وقعت، فمن قتل ولم يأخذ مالا قتل، ومن أخذ المال ولم يقتل قطع، ومن قتل وأخذ المال قتل وصلب(١) ومن أخاف السبيل ولكنه لم يقتل ولم يأخذ مالا نفي(٢)...

وعــند مالك أن المحارب إذا قتل فلا بد من قتله، وليس للإمام تخيير فى قطعه ولا فى نفيــه، وإنمــا التخيير فى قتله أو صلبه. وأما إن أخذ المال ولم يقتل فلا تخيير فى نفيه، وإنما التخيير فى قتله أو صلبه أو قطعه من خلاف، وأما إذا أخاف السبيل فقط فالإمام مخير فى قــتله أو صــلبه أو قطعه أو نفيه. ومعنى التخيير عند مالك أن الأمر راجع فى ذلك إلى اجتهاد الإمام، فإن كان المحارب ممن له الرأى والتدبير فوجه الاجتهاد قتله أو صلبه؛ لأن القــتل لايرفع ضرره. وإن كان لا رأى له، وإنما هو ذو قوة وبأس قطعه من خلاف. وإن كان ليس فيه شيء من هاتين الصفتين أخذ بأيسر ذلك فيه وهو النفى والتعزير(٣)...

---

(١) لا يرى أبو حنيفة بأسا من الجمع بين القطع والقتل فى هذه الحالة، ويخالفه فى هذا صاحباه. ولأحمد رأى يتفق مع رأى أبي حنيفة فى هذه النقطة. راجع بدائع الصنائع ج/٧ ص/٩٣، والمغنى ج/١٩، ص/٣٠٥.

(٢) المغنى ج/١٠ ص/ ٣٠٤ وما بعدها، بدائع الصنائع ج/٧ ص/٩٣، أسنى المطالب ج/٤ ص :١٥٤، ١٥٥...

(٣) بداية المجتهد ج/٢ ص / ٣٨٠ : ٣٨١...

﴿عوده﴾ والحرابة جريمة من جرائم الحدود وعقوباها حدود. والقاعدة أن عقوبة الحد لازمة فلا تسقط بإهمال تنفيذها ولا بالعفو عنها، ولكن عقوبات الحرابة تسقط استثناء بالتوبة لقوله ﷻ: ﴿إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم﴾ [المائدة:٣٤]. فإذا تاب المحارب سقطت عنه عقوبات القتل والصلب والقطع والنفى أى العقوبات المقررة حدا لجريمة الحرابة بشرط أن تكون التوبة قبل القدرة عليه، فإن تاب بعد القدرة لم يسقط عنه شيء[1]...

ويترتب على التفصيلات التى ذكرناها أن المحارب يختلف حاله فى الإهدار باختلاف رأى الفقهاء فيما إذا كانت العقوبات جاءت على وجه الترتيب أو التخيير. فإذا قلنا إنها جاءت على الترتيب، فالمحارب يهدر دمه بالقتل، وبالقتل وأخذ المال، وهدر يده اليمنى ورجله اليسرى بأخذ المال فقط، ولا يهدر منه شيء بإخافة السبيل فقط؛ لأن العقوبة النفى وهو غير متلف. وإن قلنا إن العقوبات جاءت على التخيير فالمحارب يهدر دمه بالقتل؛ لأن العقوبة هى القتل أو الصلب وكلاهما عقوبة متلفة، وكذلك الحكم فى حالة القتل وأخذ المال، أما إذا أخذ المال ولم يقتل، فلا يهدر منه إلا يده اليمنى ورجله اليسرى؛ لأن الإمام وإن كان له أن يقتله أو يصلبه، إلا أن له أن يقطعه فالقطع هو أقل العقوبات الواجبة. وأما إذا أخاف السبيل فقط فلا يهدر منه شيء ولو أن للإمام أن يقتله أو يصلبه أو يقطعه؛ لأن للإمام أيضا أن ينفيه والنفى عقوبة غير متلفة...

ويُعَدُّ الجانى مهدرا على الوجه السابق من وقت ارتكاب الجريمة لا من وقت الحكم بالعقوبة. وينبنى على هذه القاعدة أن تتغير حالة الإهدار فى الجانى عند القائلين بالتخيير فى العقوبة؛ لأن من يأخذ المال فقط قد يحكم عليه بالقتل فيصبح مهدر الدم من وقت الحكم بعد أن كان مهدرا فى طرفيه فقط من وقت ارتكاب الجريمة. ومن أخاف السبيل فقط إذا حكم عليه بالقتل أو القطع يهدر إهدارا كليا أو جزئيا من وقت الحكم مع أنه لم يكن مهدرا قبل ذلك ... وتزول حالة الإهدار بتوبة المحارب بل القدرة عليه، ويعود المحارب معصوما، فمن قتله أو قطعه بعد ذلك فهو قاتل أو قاطع متعمد إذا كان عالما بالتوبة، فإن لم يكن عالما فهو قاتل أو قاطع خطأ...

---

(١) المغنى الجزء العاشر ص/٣١٥، بداية المجتهد ج/٢ ص/٣٨٢...

〈عوده〉 ويُعَدُّ قتل المحارب قبل التوبة أو قطعه واجبا لاحقا؛ لأن عقوبات الحرابة من الحدود ولا يجوز تأخيرها، وتنفيذها واجب على كل فرد أصلا، واختصاص أولى الأمر أنفسهم بإقامة هذه العقوبات لا يسقط واجب إقامتها عن الأفراد إلا إذا أقيمت فعلا. ويجوز للسلطات العامة أن تعاقب من يقتل أو يقطع مهدرا لا بحسبانه قاتلا أو قاطعا وإنما بحسبانه مفتاتا على السلطات العامة، ولكن يشترط لاستحقاق العقاب فى هذه الحالة أن تكون السلطات حريصة على إقامة الحدود طبقا لنصوص الشريعة ...

وإذا كان المحارب مهدرا إهدارا جزئيا كأن أخذ المال ولم يقتل فقتله شخص فهو مسئول عن قتله عمدا، وإذا قطع طرفا غير الطرف المستحق فهو مسئول عن قطعه عمدا ما لم يقصد الطرف المستحق فيخطئ ويصيب غيره، فإنه يسأل عن قطعه خطأ...

وإذا قطع الطرف المهدر فأدى القطع إلى الموت فلا مسئولية على القاطع؛ لأن الموت تولد عن قطع واجب، والواجب لا يتقيد بشرط السلامة ...

379 - جريمة "الحرابة" :

كل ما قلناه فيما سبق عن رأينا فى المقصود بإهدار الأشخاص الذين ثبت ارتكابهم لجـــريمة عقوبتها مقدرة وواجبة حدا أو قصاصا - يطبق فى نظرنا على جريمة الحرابة التى عرض أحكام عقوباتها فقيهنا بدقة وتفصيل لا مزيد عليه.

وبـــناء عليه فالإهدار الكامل هو للمجتمع الذى يمثله القضاء والسلطات العامة التى تنفذ أحكامه. أما بالنسبة للأفراد فإن الإهدار نسبى ينحصر فى الالتجاء للقضاء وفى استبعاد العقوبات الحدية لوجود شبهة مع ضرورة تطبيق عقوبات تعزيرية مناسبة.

إلا أن الحرابة تتميز بأمرين :

الأول : هـــو إمكانيـــة توافر شروط الدفاع الشرعى وقت الحادث، لأن الحرابة عـــدوان عـــلى الأشـــخاص والأموال يكون عادة فى الطريق العام، أو الأماكن التى يصعب فيها الاستغاثة والنجدة، وهذا العدوان يبيح للمجنى عليه ولغيره من الناس أن يرتكب كل ما يستطيع من أفعال لدفعه ومقاومته، ويكون عمله مباحا له ولو كان فى الأصل يُعَدُّ جريمة وذلك على أساس حق الدفاع الشرعى عن النفس أو المال، سواء نفس المدافع أو نفس غيره، ومال المدافع أو مال غيره.

ونشير إلى ما قلناه من أن إباحة أعمال القتال فى حالة الحرب يبررها حق المقاتلين فى الدفاع عن أنفسهم وعن أمتهم وعقيدتهم، كما أن فرض عقوبة على المرتدين يجيزه فى نظرنا صلتهم بالعدو الأجنبى وعَدُّ تواطئهم معه خيانة عظمى وتهديدا للنظام العام فى الجماعـــة المســـلمة - فهو دفاع عن كيان الأمة ونظامها ضد الأعداء الخارجيين وأعوانهم وحلفائهم من الخونة.

كما قلنا أيضا إن جميع العقوبات المقدرة حدا أو قصاصا فرضتها الشريعة لحماية القـــيم الأساسية للمجتمع الإسلامى، سواء من الناحية الأخلاقية التى توجب صيانة الأعـــراض والأنســـاب بردع جرائم الزنا والقذف، أو من النواحى المالية فى جرائم السرقة، والحرابة التى يقصد منها عادة سرقة مغلظة لاقترانها بالعنف والتهديد .إلخ.

الأمر الثانى الذى راعاه المشرع فى أحكام جريمة الحرابة - والبغى كذلك فيما بعد - هـــو اتخـــاذ تدابير لتشجيع مرتكبيها على التوبة والعدول عن الاستمرار فيها لما يترتب على مواصلتها من مخاطر تهدد الآمنين والمسالمين من الناس.

❁ أحكام المتهمين بالحرابة والبغي قصد بها تمكينهم من التوبة والقضاء على الفتن التي تضر المدنيين الذين لا ذنب لهم :

وقد بيَّن فى المتن كثيرا من أحكام التوبة وظروفها وآثارها – وسيكون تفصيلها فى القسم الخاص..

إن الشريعة تؤثر مرتكبى هاتين الجريمتين بتوفير أسباب التوبة ودعوهم إلى العودة إلى طـــريق الحـــوار والمصــــالحة لإعادة الأمن والأمان فى المجتمع ووقف الاتجاه نحو الاضـــطرابات سواء كان سببها مطامع ذاتية أو مادية كما فى الحرابة، أو كان سببها اعتبارات سياسية كما فى البغى، سواء كان خروجهم يستند إلى أسباب مشروعة أو مطامع عنصرية أو حزبية أو أنانية ذاتية، أو أفكار خاطئة، فكلها تسبب الفتن وتمزق المجتمع وتهدد أمن جمهور الناس وعامتهم ممن لا شأن لهم بالخلافات والخصومات التى تسبب الفتنة.

〈عوده〉 ٣٨٠ـ (خامسا) الباغي: الباغي هو من يعمل على تغيير نظام الحكم أو الحكام بالقوة، أو يمتنع عن الطاعة معتمدا على القوة. والبغي جريمة توجه ضد نظام الحكم والحكام، ولا توجه إلى النظام الاجتماعي. فإذا كانت الجريمة مقصودا بها النظام الاجتماعي فهي ليست بغيا، وإنما هي إفساد في الأرض. والنظام الاجتماعي الذي تقوم عليه الجماعة هو الإسلام وليس لها نظام غيره ...

ويشترط الفقهاء في جريمة البغي شروطا خاصة سبق أن ذكرناها[١] أهمها أن يكون البغاة متأولين وأن يكونوا ذوي شوكة ومنعة، وأن يبدءوا في تنفيذ غرضهم بالقوة، على رأي، أو أن يأخذوا في التجمع والامتناع بقصد تنفيذ غرضهم بالقوة ...

وإذا توافرت شروط جريمة البغي، وأهدر دم الباغي، فمن قتله فقد قتل شخصا مباح الدم، ولا عقوبة عليه ويظل دم الباغي مهدرا حتى تنتهي حالة البغي ...

ويختلف مذهب أبي حنيفة[٢] عن غيره في أنه يهدر دمهم من وقت تجمعهم وامتناعهم ولو لم يبدءوا بالقتال أو الاعتداء. أما مالك والشافعي وأحمد، فيشترطون لإهدار دم البغاة أن يبدءوا بالقتال أو الاعتداء، والقاعدة عندهم أن الباغي لا يحل دمه غير حرب أو صيال[٣]...

وقتال البغاة واجب في الشريعة لقوله ﷻ: ﴿فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله﴾ [الحجرات: ٩]. وهذا الواجب ملقى على عاتق كل فرد، فإذا خصصت السلطات العامة أشخاصا بأعيانهم لقتال البغاة، فإن هذا لايمنع غيرهم من أداء الواجب ولايسقطه عنهم ما دامت حالة البغي قائمة...

وليس للسلطات العامة أن تؤاخذ قاتل البغي على القتل؛ لأن الباغي مباح القتل، ولكن لهذه السلطات أن تعاقب القاتل باعتباره مفتاتا على السلطات العامة بشرط أن تكون السلطات قائمة بأداء هذا الواجب ومخصصة له من يقوم بأدائه ...

---

(١) راجع الفقرة رقم ٧٨...

(٢) البحر الرائق ج/٥ ص/ ١٤٢، بدائع الصنائع ج/٧ ص/٢٣٦، شرح القدير ج/٣ ص/ ٤١١.

(٣) مواهب الجليل ج/٦ ص/٢٧٨، المهذب ج/٢ ص/٢٣٦، الإقناع ج/٤ ص/٢٩٣ ...

❁ 380 – البغي يكون جريمة سياسية فقط إذا كان بناء على تأول رأي مستند إلى فهم معين للشريعة حتى ولو كان خاطئا :

تــتميز جريمة البغى عن الحرابة فى أن لها أهدافا سياسية، ولذلك تعرضنا لها فيما سبق عند الكلام على ماقرره الفقه من أحكام خاصة لمرتكبى الجرائم السياسية.

وقد لاحظنا فيما سبق أن فقهاءنا يتكلمون دائما عن بغى الأفراد والجماعات التى تخــرج عــلى الحكومة القائمة أو تقاوم من يباشرون السلطة، ولا يتكلمون عن بغى مغتصــبى السلطة الذين يستولون على الحكم بالقوة، ويفرضون سلطتهم بحد السيف أو قوة السلاح، ويمارسون أبشع صور البغى والظلم لضمان بقائهم فى السلطة – مع أن هــذا الــبغى يجب على الفقه أن يقرر أحكاما صريحة وواضحة لردعه، ومعاقبة المسئولين عنه كلما كان ذلك ممكنا.

وقــد عللنا سكوهم بأنهم قصدوا عدم تطبيق أحكام الجريمة السياسية على بغى ذوى السلطان، بل تكون جريمتهم عادية هى الفساد فى الأرض، وتطبق عليها أحكام الجــرائم العادية التى تقع منهم ومن أعوانهم – لكن هذا لايبرر عدم الكلام عن هذا النوع من الجرائم واستنباط أحكام خاصة بها، بل والعناية بتأصيلها وفرض العقوبات المناسبة لردع من يرتكبونها اعتمادا على عصبيتهم أو مناصبهم أو سلطاهم.

ونكــرر اعتراضنا على تفسيره للإهدار بأنه يبيح القتل دائما، ونعيد ما قلناه بأن الإباحــة لا تكــون إلا للمقاتلين المدافعين عن أرض الإسلام أو الخارجين على ذوى السلطان إذا عدَدْنا القتال ضدهم حربا أهلية بالمعنى العصرى، وتكون الإباحة للقضاء وحده فى غير هذه الحالات بالنسبة لمرتكبى جريمة عقوبتها حدية.

أما بالنسبة للأفراد، فإنهم إذا لم يكونوا مقاتلين فلا يباح لهم العدوان، وإنما يكون شــبهة تسقط الحد ويكتفى بالتعزير، ومرونته تكفى للنزول بالجزاء إلى أدنى درجاته الــتى يمكن عَدُّها خارجة عن نطاق العقاب الجنائى، مع ضرورة مراعاة حق الدفاع الشرعى.. كما أوضحناه فى كلامنا عن الحرابة.

وقد أشرنا من قبل إلى رأى الدكتور العوا بأنه لا توجد جريمة بغي، أو على الأقل أنها ليست عقوبتها حدية. وكل ما قدمه فقيهنا من دليل على وجود هذه الجريمة هو قوله تعالى: ﴿فقاتلوا التى تبغي﴾ [الحجرات: 9].

ويستفاد من النص أنه لابد أن يكون الحاكم الذى خرجوا عليه شرعيا، وإلا فإنه هو الباغي. وسيكون تفصيل ذلك فى القسم الخاص .

﴿عوده﴾ ٣٨١ـ (سادسا) مَن عليه القصاص: القصاص فى الشريعة هو العقوبة الأصلية للقتل والجرح العمد، ومعنى القصاص أن يعاقب الجانى بمثل فعله، والقصاص عقوبة مقدرة كما أنه عقوبة متلفة. ويقع القصاص على النفس وعلى ما دون النفس؛ فإذا وقع على النفس كان قتلا، وإذا وقع على ما دون النفس كان جرحا أو قطعا ...

ومن أتى فعلا يوجب القصاص يُعَدُّ مهدرا فيما أوجبه على نفسه بفعله؛ فإن وجب عليه القتل فهو مهدر الدم، وإن وجب عليه قطع طرف أو جارحة فهو مهدر فى طرفه أو جارحته التى وجب فيها القصاص ...

والإهدار فى القصاص إهدار نسبي، فلا يهدر الجانى إلا للمجنى عليه أو وليه، وفيما عدا ذلك فهو معصوم فى حق الكافة. وعلة نسبية الإهدار فى القصاص : أن القصاص حق لا واجب، فلا يهدر الجانى إلا لصاحب الحق إن شاء استعمله. فالقتل لا يبيح دم القاتل إلا لولى القتيل، فإذا جاء أجنبى فقتل القاتل ولو بعد الحكم عليه بالقصاص فقد ارتكب جريمة قتل متعمد لأنه قتل شخصا معصوم الدم فى حقه؛ ولأن من المحتمل أن يعفو ولى الدم عن المحكوم عليه فيمتنع تنفيذ الحكم. وهذا هو رأى جمهور الفقهاء[(١)] ...

والأصل فى الشريعة أن إقامة الحدود واستيفاء العقوبات للسلطان، ولا يستثنى من هذا الأصل إلا القصاص، فللمجنى عليه أو وليه أن يستوفى العقوبة بنفسه ...

ومن المتفق عليه أن لولى الدم أن يستوفى القصاص بنفسه فى القتل بعد الحكم بالعقوبة وتحديد ميعاد التنفيذ، بشرط أن يكون الاستيفاء تحت إشراف السلطان، وبشرط أن يكون ولى الدم قادرا على الاستيفاء ومحسنا له، فإن كان عاجزا عن الاستيفاء أو لا يحسنه جاز له أن يوكل من يتوافر فيه هذان الشرطان. وليس ثمة ما يمنع من أن يكون هذا الوكيل موظفا مخصصا لهذا الغرض...

أما القصاص فيما دون النفس، فمختلف عليه. فيرى مالك والشافعى – ورأيهما وجه فى مذهب أحمد أن المجنى عليه أو وليه ليس له أن يستوفى القصاص فيما دون النفس بأى حال سواء كان يحسن القصاص أو لا يحسنه؛ لأنه لا يؤمن مع قصد التشفى أن يحيف على الجانى أو يجنى عليه بما لا يمكن تلافيه، وإنما يتولى القصاص من

---

(١) المغنى ج / ٩ ص / ٣٥٦ ...

 يحسنه من الخبراء. ويقول مالك فى هذا "أحب إلى أن يولى الإمام على الجراح رجلين عدلين، فإن لم يجد إلا واحدا فأرى ذلك مجزئا إن كان عدلا ..."[١] .

ويرى أبو حنيفة – ورأيه وجه فى مذهب أحمد – أن للمجنى عليه أن يستوفى القصاص بنفسه فيما دون النفس؛ لأنه حقه فله استيفاؤه بنفسه كسائر الحقوق مادام يحسنه، فإن لم يكن يحسنه فله أن يوكل عنه خبيرا بالقصاص. والقائلون بهذا الرأى فى مذهب أحمد لا يرون مانعا من تعيين رجل خبير بالقصاص بأجر من بيت المال تكون مهمته أن يستوفى نيابة عمن لا يحسنون الاستيفاء[٢]...

والأصل فى تقرير حق القصاص للمجنى عليه أو وليه قول الله ﷻ : ﴿ومن قُتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف فى القتل﴾ [الإسراء :٣٣]. والمفروض أن مستحق القصاص ليس له أن يستعمل حقه إلا بعد الحكم بالعقوبة، وفى الوقت المحدد للتنفيذ ...

وفى الوقت الذى منحت فيه الشريعة ولى الدم حق القصاص، فإنها منحته حقا آخر هو حق العفو عن القصاص، وجعلت له أن يعفو على مال أو مجانا؛ فإذا عفا امتنع القصاص وكان للسلطات العامة أن تعاقب الجانى بما تراه من عقوبة أخرى دون القتل ...

وقد حرضت الشريعة ولى الدم على العفو بمختلف الأساليب، فجعلت للعافى أن يعفو على مال يأخذه، ووعدته بالثواب فى الآخرة وبرضاء الله جل شأنه. من ذلك قوله ﷻ : ﴿فمن عفا وأصلح فأجره على الله﴾ [الشورى: ٤٠]، وعَدَّت الشريعة العفو رحمة من الله للناس، وذلك قوله تعالى: ﴿فمن عُفى له من أخيه شىء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة﴾ [البقرة: ١٧٨].

ويؤثر عن الرسول ﷺ فيما روى عنه أنس أنه ما رفع إليه أمر فيه القصاص إلا أمر فيه بالعفو ...

وقد يحسب البعض أن تقرير حق القصاص لولى الدم إنما هو إقرار للعادات الأولية التى كانت سائدة فى الشعوب الهمجية، ولكنها فكرة خاطئة لا تقوم على أساس

---

(١) مواهب الجليل ج/٦ ص/٢٥٣، ٢٥٤، المهذب ج/٢ ص/١٩٧، الشرح الكبير ج/٩ ص/٣٩٩...

(٢) بدائع الصنائع ج/٧ ص/٢٤٦، الشرح الكبير ج/٩ ص/٣٩٨، ٣٩٩...

〈عوده〉 صــحيح، فإن الشريعة حين قررت هذا الحق لولى الدم لم تكن تقر عادات سائدة كما يظن البعض، وإنما كانت تنظر قبل كل شيء إلى طبيعة البشر وغرائزهم، وإلى مصــلحة الأفراد والجماعة، شأنها فى كل ما جاءت به من مبادئ وما قررته من حقوق أو فرضته من واجبات ...

وليــس ثمة من ينكر أن حب الانتقام طبيعة فى الإنسان، وأنه مهما تثقفت طباعه وهذبــت غرائزه، فإنه يفضل أن ينتقم بيده لنفسه على أن يكون الانتقام بيد غيره. وليس أيضا من يجادل فى أن الإنسان بطبعه يكون أقرب للعفو عن حقه بنية صحيحة كلما كان قادرا على الوصول لحقه لا يمنعه عنه مانع...

ومن المبادئ المسلم بها أن تقرير القصاص عقوبة للقتل من مصلحة الجماعة؛ لأن القتل أنفى للقتل؛ ولأن فى القصاص حياة. ومن المبادئ المسلم بها أيضا أن العفو عن القصاص بنية صحيحة يؤدى إلى حفظ الأمن وصيانة الدماء وتقليل الجرائم ...

على أساس الطبيعة البشرية وعلى أساس هذه المبادئ السليمة المسلم بها، قررت الشــريعة حــق ولى الدم فى أن يقتص بنفسه، لترضى بذلك نزعة الانتقام الكامنة فى أغواره، ولتحول بينه وبين أن يأخذ حقه بيده قبل المحاكمة أو قبل الموعد المحدد لتنفيذ العقوبــة، أو أن يــرى العقوبة التى تنفذها السلطات العامة غير كافية لشفاء نفسه فيحاول أن ينتقم من أهل القاتل ...

وعــلى نفــس الأسس جعلت الشريعة لولى الدم أن يقتص أو أن يعفو. فبعد أن مكنته من القصاص كل التمكين، وسلطته على الجانى إلى هذا الحد، حببت إليه العفو، ودعــته إليه وأغرته به من الناحية المادية فجعلت له أن يعفو على مال، وأغرته به من الناحية المعنوية فوعدته رضاء الله وحسن ثواب الآخرة، حتى إذا ما عفا بعد هذا كله فقــد عفا بنية صحيحة، وانمحت السخائم والحزازات وحل الوئام محل الخصام، وهو العامل الفعال فى حفظ الأمن وإقرار النظام بين الجماعات، وللسلطة العامة بعد ذلك أن تعاقب القاتل بما تراه ملائما من العقوبات بشرط ألا تصل إلى القتل ...

فالشريعة إذن قصدت من إعطاء ولى الدم حق القصاص إصلاح النفوس وإحلال الوئــام محل الخصام، وحفظ الأمن والنظام، وتقليل الجرائم، وحمل الناس على احترام الأحكــام، ومنعهم من التفكير فى الانتقام لأنفسهم وأهليهم، كما أنها قصدت فوق هذا كله حفظ الدماء والأرواح وعدم الإسراف فى عقوبة الإعدام بقدر الإمكان...

﴿عوده﴾ وحـــق القصاص حق لا يتجزأ. أما حق العفو فحق قابل للتجزئة، وهذا هو رأى أبي حنيفة والشافعي وأحمد. ويترتب على هذا الرأى أنه لو عفا أحد أولياء الدم ســـقط حق الباقين فى القصاص. ولكن مالكا يرى أن حق العفو حق لا يقبل التجزئة أيضا ويترتب على ذلك أن العفو لا يكون له أثر ما لم يكن من جميع أولياء الدم، فإذا عفا أحدهم كان للآخر أن يقتص ...

وأبسط الصور فى استعمال حق القصاص أن يحكم على الجانى بالعقوبة، فإذا حان موعـــد التـــنفيذ، نفذ ولى الدم العقوبة أو وكل غيره فى تنفيذها. ومن المسلم به ألا مسئولية على ولى الدم فى هذه الحالة، وأن فعله ليس جريمة؛ لأنه يستعمل حقا قرره له الشارع ...

لكـــن يحدث أن تتملك الرعونة ولى الدم فيقتص قبل الحكم على الجاني، أو بعد الحكم، وقبل ميعاد التنفيذ. كذلك يحدث أن يعفو ولى الدم عن القصاص تحت بعض المؤثـــرات ثم يعود فيرى القصاص خيرا له فيقتص بعد العفو. وقد يعفو بعض الأولياء بينما يقتص البعض الآخر، وقد يسارع بعض الأولياء بالقصاص قبل أخذ رأى الباقين وفيهـــم من يرى العفو. فهل يُعَدّ مباشر القصاص فى هذه الحالات مستعملا حقا، أو مرتكبا لجريمة ؟ وهل يعفى من العقوبة أم يؤاخذ على فعله ؟ ذلك ما سنبينه فيما يلى مبتدئين أولا بحكم هذه الحالات فى القتل ذاكرين بعد ذلك حكمها فيما دون القتل.

❁ 381 – جرائم القصاص لا تبيح دم المتهم بها دون رفع الأمر للقضاء وتقديم الأدلة الشرعية – وللقضاء وحده فحص هذه الأدلة :

لقـــد جارى أقوال الفقهاء الذين يقولون بأن المجنى عليه أو ولى دمه له أن يستوفى العقوبـــة بنفســـه، لكنه أضاف أن مستحق القصاص ليس له أن يستعمل "حقه" فى استيفاء القصاص إلا بعد الحكم بالعقوبة وفى الوقت المحدد للتنفيذ...

معنى ذلك أنه لا بد من محاكمة شرعية وحكم قضائى – وهذا ما نقول به دائما. كـــل ما هنالك أنه بعد الحكم يرى فقيهنا أنه يمكن أن يكون تنفيذ الحكم بيد المجنى عـــليه أو ولى الـــدم. ومعنى ذلك أنه يقوم بذلك بأمر القاضي وتنفيذا لحكم قضائي وإشراف من القاضي. وليس استعمالا لحقه الشخصى فى توقيع العقاب. ولا نعترض عـــلى ذلك بشرط أن يكون ذلك جوازيا للقاضى إذا رأى مصلحة فى ذلك. ولكننا نصر على اعتراضنا على القول بأن الدعوى الجنائية فى جرائم القصاص ملك للمجنى عليه أو ولى الدم؛ لأن الأصل فى الدعوى الجنائية أنها دعوى تعزير وهى دعوى عامة ولا شأن للمجنى عليه أو ولى الدم بها، وكل ما له هو حق المطالبة بالقصاص بدلا من التعزير أو العفو عن القصاص دون التعزير وهذا هو الحق الخاص به – لكن لا حق له فى منع التعزير الذى هو الأصل فى نظرنا.

ويسرنا أنه أشار إلى أن الشريعة تشجع ولى الدم أو المجنى عليه على العفو وتيسر لـــه ســـبله – ونرى أنها إنما تعطيه حق المطالبة بالقصاص كترضية أدبية لتهدئة نفسه وإذابـــة لرغبته فى الانتقام، وكذلك لإعطاء المتهم فرصة لاسترضائه والحصول على العفو منه مقابل التعويض المناسب.

لكن العفو لا يمنع التعزير، وإن كان له بلا شك أثره فى مقدار الجزاء بل أيضا فى طبيعـــته؛ لأن التعزير كما قلنا لا يجوز حصره فى دائرة العقوبات الجنائية بل إنه يضم تدابـــير ذات طبيعة متنوعة تتسع لجزاءات تأديبية وتهذيبية وعبادات تفتح باب التوبة والعودة إلى طريق الاستقامة والإصلاح، ولا تنحصر فى الجزاء الجنائى.

〈عوده〉 ٣٨٢ـ أولا ... حكم قتل الجانى :

(أ) القتل قبل الحكم أو قبل موعد التنفيذ : إذا قتل ولى الدم الجانى المستحق للقتل قصاصا، فسواء قتله قبل الحكم أو بعده، وقبل ميعاد التنفيذ فلا عقوبة عليه للقتل؛ لأنه أتى فعلا مباحا له ومارس حقا قرره له الشارع، ولكنه يعاقب على تسرعه وممارسته حقه قبل حلول الوقت المناسب، وعلى افتياته على السلطات العامة التى جعلت لممارسة حق القصاص وقتا معينا، وللسلطات العامة أن تعاقبه على هذا الافتيات بالعقوبة التعزيرية التى تراها مناسبة[1] ...

ويشترط فى حالة القتل قبل صدور الحكم بالقصاص أن يثبت القتل على الجاني، فإن لم يثبت عُدَّ ولى الدم قاتلا متعمدا ...

وظاهر مما سبق أنه لا فرق بين القتل قبل الحكم أو بعده ما دامت الجريمة ثابتة على الجاني، وعلة ذلك أن حق ولى الدم فى القصاص يتولد بمجرد ارتكاب جريمة القتل، لا من وقت الحكم بالقصاص، فولى الدم حين يقتل الجانى قبل الحكم عليه إنما يستعمل حقه فى القصاص الذى ثبت له من وقت ارتكاب الجانى جريمة القتل ...

والمفروض فى المسألة أن ولى الدم واحد، أو أنهم متفقون إذا كانوا كثيرين على قتل الجاني، أو ليس فيهم من يرى العفو عنه ...

(ب) القتل بعد العفو : يرى أبو حنيفة والشافعى وأحمد أن عفو بعض الأولياء أو كلهم يسقط القصاص؛ لأن القصاص لا يتجزأ، فإذا عفا أحدهم أو بعضهم فقد عفا عن بعض القصاص، ولا يمكن إحياء بعض الشخص وقتل بعضه، وعلى هذا إذا قتل الجانى من لم يعف من الأولياء وهو عالم بعفو غيره فقد ارتكب جريمة قتل عقوبتها القصاص عند أبي حنيفة وأحمد. أما الشافعى فيفرق بين حالتين : أولاهما حالة ما إذا كان القتل بعد أن أقر القضاء العفو وحكم بسقوط القود، وفى هذه الحالة يرى وجوب القصاص، وثانيتهما :إذا كان القتل قبل أن يحكم بسقوط القود، وحكم هذه

(١) مواهب الجيل ج/٦ ص/٢٣٣، شرح البهجة ج/٥ ص/٣...

⟨عوده⟩ الحالة هو حكم القتل قبل استئذان بقية الأولياء يرى فيها البعض القصاص ويرى فيها البعض الدية(١) ...

فـإذا قـتل ولى الدم الجانى بعد العفو وكان لا يعلم بالعفو فهو مسئول عن القتل، ولكـن جهله بالعفو يدرأ عنه القصاص، وتكون العقوبة الدية فى رأى أبى حنيفة وأحمد. وفى مذهـب الشافعى رأيان: رأى يقول بالقصاص، ورأى يقول بالدية. وحجة القائلين بالقصـاص أن حـق القصـاص يسقط بالعفو فكان عليه أن يتأكد من بقاء حقه قبل استعماله. وحجة القائلين بالدية أن حق ولى الدم ثابت فى القصاص والأصل بقاؤه، فإن قتله وهو يعلم بالعفو معتقدا بقاء حقه فى القصاص فإن ذلك يكون شبهة تدرأ الحد ..

أما مالك فيرى أن العفو لا يتجزأ، وأن العفو لا يُعَدّ موجودا إلا إذا كان من كل أولياء الدم المستحقين للقصاص، فإن عفا أحدهم فإن عفوه لا يسقط حق الآخرين فى القصاص فإذا اقتص أحدهم بعد عفو غيره من الأولياء الباقين فلا مسئولية عليه؛ لأن عفـو هـؤلاء غير معتبر ولا أثر له على حق القصاص، ولكن هذا لا يمنع من تعزير المقتص إذا كان فى عمله افتيات على السلطات العامة(٢)...

(ج) القـتل قبل استئذان باقى الأولياء : إذا قتل الجانى أحد الأولياء أو بعضهم قبل استئذان باقى الأولياء، فالولى أو الأولياء القاتلون مسئولون جنائيا عن القتل، وهذا متفق عـليه بـين الفقهاء عدا مالك، وإن كانوا قد اختلفوا فى عقوبة الولى القاتل. فأبو حنيفة وأحمـد لا يـريان الاقتصاص من القاتل؛ لأن من حقه أن يتلف بعض القتيل، فكان هذا شـبهة تـدرأ القصاص، وتوجب الدية بدلا منه، ويتفق هذا الرأى مع الرأى الراجح فى مذهـب الشـافعي. أما الرأى المرجوح فى مذهب الشافعي، فيرى أصحابه أن يقتص من الـولي؛ لأن بعض القاتل غير مستحق له قياسا على ما إذا اشترك جماعة فى قتل واحد فإن الشريك لا يقتل إلا بعض المقتول ومع ذلك يقتص منه. ويرد أصحاب الرأى المضاد بأن هذا القياس غير صحيح؛ لأن الشريك لا يقتص منه لإتلاف بعض المقتول، وإنما لأنه أتلفه كله، ويرى البعض القصاص من الولي؛ لأنه أتلف كل القاتل وهو لا يستحق منه شيئا إذ

---

(١) بدائع الصنائع ج/٧ ص/٢٤٨، تحفة المحتاج ج/٤ ص/٢٦، المهذب ج/٢ ص/١٩٧، المغنى ج/٩ ص/٤٦٥، ٤٦٦...

(٢) المغنى ج/٩ ص:٤٦٦...

 لا يستحق بعضه إلا إذا أصبح كله مستحقا بموافقة بقية الأولياء، فإذا لم يوافق أحد الأولياء فقد امتنع استحقاق كل القاتل أو بعضه؛ لأن القصاص لايتجزأ فمن قتل القاتل فقد أتلفه كله دون أن يستحق فيه شيئا؛ لأن عدم الإذن منع من استحقاق كله، ومن لا يستحق كله لا يستحق بعضه[1]...

أما مالك فلا يرى عقوبة القاتل أصلا؛ لأنه فعل حقه وحقه القصاص[2]. وأساس رأى الفقهاء الثلاثة أن استئذان بقية الأولياء ضروري؛ لأن أحدهم قد يعفو. أما رأى مالك فأساسه أن عفو البعض دون البعض لا يسقط القصاص وأن القصاص لا يسقط إلا بعفو كل الأولياء المستحقين للقصاص، ولهذا كان القاتل مستعملا حقه فى القصاص.

(د) القتل من العافى : إذا كان القاتل هو نفس العافى فهو مسئول عن فعله، ويُعَدُّ قاتلا عمدا باتفاق[3] وعقوبته القصاص سواء عفا مجانا أو على مال[4]؛ لأن الجانى بالعفو عنه صار معصوم الدم ...

(هـ) إتلاف جوارح القاتل : وإذا أتلف ولى الدم جارحة أو عضوا من الجانى ثم عفا عنه ولم يقتله. مثل أن يقطع أطرافه أو بعضها فعليه دية ما أتلف فى رأى أبى حنيفة وأحمد؛ لأنه قطع طرفا له قيمة حال القطع بغير حق؛ ولأنه كما يقول أبو حنيفة استوفى غير حقه فهو مسئول عما استوفاه بغير حق؛ لأن حقه فى القتل لا فى القطع، وكان القياس أن يقتص منه إلا أن القصاص درئ للشبهة (شبهة أن له تلف الطرف تبعا للنفس). وإذا درئ القصاص وجبت الدية، ولكن حقه فى الطرف لا يثبت إلا مع ثبوت القتل ضرورة، وهذه الضرورة تتحقق عند التنفيذ بالقتل لا قبل ذلك، فإذا قتل ظهر حقه فى الأطراف تبعا، وإن لم يقتل لم يظهر حقه فى الطرف لا أصلا ولا تبعا، ومن هذا يتبين أنه استوفى غير حقه[5]...

---

(١) بدائع الصنائع ج/٧ ص/٢٤٣، المهذب ج/٢ ص/١٩٧، الشرح الكبير ج/٩ ص/ ٣٨٦ : ٣٨٧ ...

(٢) الشرح الكبير للدردير ج/٤ ص/ ٢١٢ ...

(٣) المقصود بالاتفاق اتفاق الأئمة الأربعة، ولكن هناك من يرى غير رأيهم. فالحسن يرى أن تؤخذ من القاتل الدية وعمر بن عبد العزيز يرى تعزير القاتل.

(٤) بدائع الصنائع ج/٧ ص/٢٤٧، حاشية الطهطاوى ج/٤ ص/٧٥٨، المهذب ج/٢ ص/١٩٧، نهاية المحتاج ج/٧ ص/٢٨٦، المغنى ج/٩ ص/٤٦١، الشرح الكبير ج/٩ ص/٣٩١ ...

(٥) المغنى ج/٩ ص/ ٣٩١، البحر الرائق ج/٨ ص/٣١٩ : ٣٢٠...

﴿عوده﴾ ويــرى الشــافعى ومعه أبو يوسف ومحمد من فقهاء المذهب الحنفى أن من يتلف جارحة أو عضوا من الجانى لايسأل جنائيا إذا عفا عن القتل، ويعزر إذا لم يعف عــن القــتل عقوبة له على أنه مثل به قبل قتله، وحجتهم فى عدم المسئولية فى حالة العفو أنه قطع طرفا أو أطرافا من جملة استحق إتلافها، ومن له إتلاف الكل لا يصح أن يؤاخذ على إتلاف البعض(١) ...

ويــرى مالك مسئولية الولى إذا أتلف جارحة أو قطع عضوا من الجانى سواء عفا عــن القــتل أو لم يعف، وعليه فى ذلك القصاص؛ لأن الجانى يستقاد له منه وتعقل جراحاته ما لم يقتل(٢) ...

٣٨٣ـ *ثانيا ... حكم ما دون القتل* : إذا وجب على الجانى قصاص متلف فيما دون النفس كقطع إصبع أو يد أو أذن كان الجانى غير معصوم بالنسبة لمستحق القصاص فى حدود مايستحقه فقط، فليس لمستحق القصاص أن يقطع غير العضو المماثل، فإن فعل فهــو قاطع عمدا، وإن قطع العضو المماثل فلا يسأل عن القطع، وإنما يسأل عن افتياته عــلى الســلطات العامة وتعجله بالقصاص، أما لو كان القاطع أجنبيا فهو مسئول عن القطع؛ لأن الجانى معصوم فى حقه ولم يهدر إلا للمجنى عليه أو وليه

وإذا قطع المستحق طرفا من الجانى فى الوقت المعين للقصاص أو قبله فسرى القطع إلى النفس ومات الجانى منه فلا يسأل المستحق عن الموت؛ لأنه نشأ عن فعل مباح هو استعمال حق القصاص، وهذا هو رأى الشافعى وأحمد وأبى يوسف ومحمد من فقهاء المذهب الحنفي، وحجتهم أن الموت نشأ عن فعل مأذون فيه ولا يُعَدّ جريمة، وما تولد عــن مباح فهو مباح، فضلا عن أن تنفيذ العقوبة ضرورة لا بد منها، فلو حمل منفذ العقوبــة النــتائج التى تتولد عن فعله لتعطل تنفيذ العقوبات، أما أبو حنيفة فيرى أن المستحق يسأل عن الموت بحُسبانه قاتلا شبه متعمد، وحجته أن الفعل المأذون فيه هو القطع وهو حقه ولكنه استوفى أكثر من حقه وجاء بالقتل فعليه مسئولية(٣)...

---

(١) المهذب ج/٢ ص/ ٢٠٢، بدائع الصنائع ج/٧ ص/ ٣٠٤...

(٢) مواهب الجليل ج/٦ ص/٣٢٥، المدونة ج/١٦ ص/٢٢٢، المغنى ج/٩ ص/٢٩١ ...

(٣) المغنى ج /٩ ص /٤٤٣، المهذب ج/٢ ص/٢٠٠، تحفة المحتاج ج/٤٠ ص/٢٧، بدائع الصنائع ج/٧ ص/٣٠٥ ...

<عوده> أما مالك، فهو وإن كان يرى منع المستحق من أن يقتص فى الأطراف لنفسه إلا أنه يمنعه للمصلحة العامة، مع التسليم بأنه صاحب حق فى القصاص. والمبدأ العام عند مالك أن سراية القود غير مضمونة، أى لا يترتب عليها مسئولية جنائية. وعلى هــذا، فــإذا اقتص شخص لنفسه فى طرف فسرى إلى النفس فلا مسئولية عليه عن السراية، ولكنه مسئول لافتياته على السلطات العامة[1]...

٣٨٤ـ (سـابعا)... *السـارق* : كــل من ارتكب سرقة يجب فيها القطع يُعَدّ غير معصــوم بالنسبة للعضو الذى يجب قطعه، أما ما عدا ذلك من الأعضاء فتظل على عصمتها. وعلة الإهدار أن القطع عقوبة متلفة وهى حد يجب أن يقام وليس فيه عفو ولا تخيــير، ولهــذا كان القطع واجبا لاحقا، وهو واجب على كل فرد وإن تكفلت السلطات العامة بإقامته، ولا يسقط هذا الواجب إلا بأدائه فعلا ...

ويترتب على ما سبق أنه لو عدا إنسان على السارق بقطع يده أو رجله التى يجب قطعهــا فإنه لا يعاقب على القطع؛ لأنه قطع عضوا غير معصوم وأدى واجبا تفرضه الشــريعة عليه. فإذا كانت السلطات العامة قد تكفلت بأداء هذا الواجب فيعاقب القــاطع لافتياته على السلطات العامة ولكنه لا يعاقب على القطع فى ذاته. ولكن لا يجــوز للســلطات العامة أن تعاقب القاطع بحُسبانه مفتاتا إلا إذا كانت قائمة بأداء الواجب[2] .

وإذا كان القطع قبل ثبوت السرقة، فلا يسأل القاطع عن القطع إذا أثبت السرقة بعد ذلك، أما إذا لم تثبت السرقة فهو مسئول عن القطع[3]...

وإذا ســرى القطع إلى النفس فمات السارق فلا يسأل القاطع عن الموت، إلا إذا كان مسئولا عن القطع، فإن كان مسئولا عن القطع فهو مسئول عن قتله عمدا، وإن لم يكــن فــلا مســئولية لأن الموت تولد عن قطع واجب والواجب لا يتقيد بشرط السلامة ...

(١) بداية المجتهد ج/٣ ص/٣٤٢، المغنى ج/٩ ص/٤٤٣، مواهب الجليل ج/٦ ص/٢٥٣...

(٢) مواهب الجليل ج/٦ ص/٣٢١، نهاية المحتاج ج/٧ ص/٢٥٤...

(٣) المغنى ج/١٠ ص/٢٦٩، ٢٧٠، البحر الرائق ج/٥ ص /٦٢ ...

﴿عوده﴾ والفـــرق بـــين هذه الحالة وحالة القصاص عند أبي حنيفة أن القصاص حق للمقـــتص وليس واجبا عليه، وهو مخير فى حقه إن شاء عفا وإن شاء اقتص، بل هو مـــندوب إلى العفو فضلا عن أن استعمال الحق عند أبي حنيفة مقيد بشرط السلامة. أمـــا القطع للسرقة فواجب لأنه حد، وإقامة الحد واجبة على كل فرد، ولو أن نائب الجماعة مخصص بإقامتها فضلا عن أن الضرورة تقتضى التسامح فيما ينشأ عن تنفيذ الحد حتى لا تتعطل إقامة الحدود[1] ...

ويشترط الشافعية فى القاطع أن لا يكون مهدرا، تطبيقا لقاعدهم الخاصة وهى أن غـــير المعصوم معصوم على أنداده، وهى قاعدة لايطبقها إلا الشافعيون. ويرى بعض الشـــافعية أن الســـارق معصوم إلا على المجنى عليه فى السرقة، ويَعُدُّون القطع حقا للمجنى عليه وهو رأى مرجوح[2] ...

(١) بدائع الصنائع ج/٧ ص/٣٠٥، البحر الرائق ج/٨ ص/٣١٩ ...

(٢) شرح البهجة ج/٥ ص / ٣ ...

❁ 384 - جريمة السرقة لا تجيز للفرد تطبيق الحد بحجة عدم قيام السلطة العامة بذلك :

كنا نفضل أن توضع جريمة السرقة مع غيرها من جرائم الحدود - قبل جرائم القصاص - لأن كل ما قلناه بشأنها يطبق فى هذه الحالة.

ونلاحظ أنه بعد أن قال بأن قطع يد السارق واجب على كل فرد (وليس مجرد حق فقط) يضيف بأن السلطات العامة (وهى القضاء الشرعى) هى التى تتكفل بإقامته. ونحن نضيف أنها هى وحدها عليها هذا الواجب ولها هذا الحق، وأن حق الأفراد مقصور على الالتجاء إليها ومطالبتها بإقامة الحدود.وغياب القضاء أو السلطة العامة الشرعية التى تقيم الحدود لا يجيز فى نظرنا لنا أن نفتح الباب أمام كل فرد ليدّعى لنفسه سلطة القضاء والحكم؛ بل كل ما يوجبه علينا هو مطالبة الأفراد بالسعى الجدى والعمل الجماعى لإقامة سلطة قضائية شرعية، ومن واجبنا كفقهاء وعلماء أن نرسم لهم الطريق الشرعى الذى يجب عليهم السير فيه للقيام بهذا الواجب فى إقامة حكم قضائى شرعى ودولة تنفذ حكمه وتلتزم به، بدلا من أن نفتح لكل فرد الباب ليدّعى لنفسه سلطة القضاء وإقامة الحدود بحجة عدم وجود قضاء شرعى، أو أن القضاء موجود ولكن السلطة السياسية حرمته من مباشرة اختصاصه فى إقامة الحدود أو فى تطبيق أحكام الشريعة.

وقد أشار الأستاذ الشيخ / محمد أبو زهرة فى كتابه عن "العقوبة" إلى رأى أبداه بعض الباحثين حول تفسير النص القرآنى بعقوبة السرقة، وعلى الرغم من أنه لم يقره فإنه استعرض أدلته تفصيلا كما يلى :

أن الله تعالى عبَّر عن الذى يسرق، ووجب حد السرقة عليه وهو قطع يده بقوله : ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله﴾[1]، فجاء بعض الذين يبحثون[2] وقال إن كلمة السارق وكلمة السارقة وصفان لا فعلان، والوصف لا يتحقق فى الشخص إلا بالتكرار، فلا يقال لمن ظهرمنه الجود مرة إنه جواد، ولا لمن وقع منه الكذب مرة إنه كذاب، ولا للفاسق الذى لا يقول الحق أو المنافق الذى يخفى ما لا

---

(1) سورة المائدة الآية (38) .

(2) أحكام القرآن ج 2 ص 416 طبعة إستانبول .

يبديه إذا صدق مرة إنه صادق أو صدوق، إنما تقال هذه الأوصاف لمن يتكرر منه فعلها حتى تكون اسما له وعنوانا يعرف به.

وبتطبيق هذا على كلمة السارق والسارقة يكون المستحق للقطع هو ما صار هذا وصفا له، ولا يكون ذلك إلا بتكرار الارتكاب، ولا يكون بالفعل مرة واحدة. وعلى حد تعبير القانونيين يكون ذلك العقاب للسارق العائد[1] .

ويزكى هؤلاء الباحثون نظرهم بما يأتى[2]:

(أ) أن الله تعالى قال عقب آية السرقة والقطع: ﴿فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فإن الله يتوب عليه إن الله غفور رحيم﴾،[3] وأن ذكر التوبة بعد الظلم ممن سرق لا يكون له محل فى الظاهر إلا إذا كان العقاب لم يقع، ولذا قال بعض الفقهاء إن التوبة تكون مانعة للقطع إذا كانت قبل القطع، وإن كان هؤلاء الباحثون ليسوا الكثرة، بل إنهم عدد ضئيل ربما لا يؤبه له. ولكن ظاهر الآية يقرب منه الفعل، بل إنها تكون لمن يرتكب الفعل بجهالة، ولذلك يقول الله تعالى: ﴿إنما التوبة على الله للذين يعملون السوء بجهالة ثم يتوبون من قريب﴾.[4] وبهذا الفهم يكون المعنى أن القطع لا يكون بمن فعل مرة وتاب، ولكن للمتكرر منه الفعل.

(ب) وقد ثبت فى أخبار المخزومية التى سرقت، وأمر النبى صلى الله عليه وسلم بقطع يدها أنها كانت معتادة السرقة، لأنها كانت معروفة بأنها لا ترد الودائع التى تودعها، ولا العوارى التى تستعيرها، حتى ظن بعض الحنابلة أن سرقتها كانت من هذا القبيل، ولكن الأكثرين أو جمهور الفقهاء على أن سرقتها لم تكن من هذا النوع، بل كانت الأخذ خفية من مال مملوك من حرز مثله. ولكن من المؤكد أن المرأة كانت معروفة بذلك، ومن كانت كذلك تعد السرقة وصفا لها. والمخزومية هذه هى التى أهم

---

(1) لقد أشار إلى هذا بعض الذين تكلموا فى التشريع الجنائى الإسلامى فى إحدى ندوات الإذاعة المرئية.

(2) وقد تبنى هذا الرأى مشروع القانون الذى قدمه لمجلس الشعب، وقد أعده نائب قنا الأستاذ إسماعيل على معتوق (1976 – 1977) وقد استند إلى الحجج التى عرضها الأستاذ الشيخ أبو زهرة .

(3) سورة المائدة الآية (39).

(4) سورة النساء الآية (17).

❁ رأى الشيخ محمد أبو زهرة :

قريشـــا أن يقطـــع النبى يدها، فتوسلوا إليه بالشفعاء، فوقف خطيبا: "ما بال أقوام يتشفعون فى حد من حدود الله، إنما أهلك الذين من قبلكم أهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق الضعيف قطعوه، وايم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطع محمد يدها".

(ج) أنه قد روى عن عمر بن الخطاب –رضى الله عنه– أنه لما أراد قطع يد شاب سرق، قالت له أمه : اعف عنه يا أمير المؤمنين، فإن هذه أول مرة. فقال عمر لها : إن الله أرحـــم من أن يكشف ستر عبده لأول مرة. ويظهر أن الإمام عمر رضى الله عنه يرى أن القبض على السارق متلبسا، أو وجود شهود يشهدون، يدل على التكرار.

أما رأى الشيخ أبو زهرة فى هذا التفسير فقد عرضه كما يلى :

هذا نظر بعض الباحثين فى عصرنا، ولكن يعارضه أن الآثار الواردة لم يكن فيها ما يشـــير إلى وجوب التكرار لإقامة الحد، وأن سارق الرداء الذى يقطع يده النبى صلى الله عليه وسلم لم يسأله أسبق منه ذلك أم لم يسبق، إلا أن يقال إن سرقة الرداء كانت وصاحبه بالمسجد قد وضعه فى مثل حرز، فالسرقة فى هذا المكان وفى مثل هذه الحال لا تكون إلا ممن تكررت منه السرقة.

ويـــرد هـــذا النظر أيضا أن فقهاء المسلمين أجمعوا على أن القطع لأول مرة، ولم يعرف مخالف لهذا من عصر النبى إلى الآن إلا تلك الرواية عن عمر رضى الله عنه التى لم يكن فيها تصريح باشتراط التكرار وأن الإجماع حجة.

ونذكـــر هـــنا كلمة نهمس بها، وهى أن الحدود غير مطبقة فلا يصح أن يخالف الإجماع ونوهن أقوال الفقهاء فى أمر غير مطبق(1).

وهـــذه الجمـــلة الأخـــيرة تـــدل على أنه لم يشأ أن يقفل باب مناقشة مثل هذه التفسيرات قبل أن يستقر مبدأ تطبيق الحدود.

---

(1) يراجع البند 94 ص 121 من كتابه المشار إليه.

۞ احتياط الفقه لتضييق نطاق عقوبة السرقة الحدية :

والذى يهمنا فى هذا الموضوع هو ما قاله بشأن الصفة الاستثنائية لحد السرقة، وهذه هى عبارته :

"الأمـــر الـــذى يجب أن نلاحظه هو أن الفقهاء احتاطوا كل الاحتياط أن تقطع الأيـــدى، احـــتاطوا عليها فى اشتراط الحرز، فشددوا فى اشتراطه، وضيقوا فى معنى الســـرقة بسببه حتى إنهم منعوا قطع يد الضيف إذا سرق من مضيفه، وحافظوا على الأيدى فى اشتراط الملكية التامة، كما اشترطوا الحرز التام غير الناقص، واشترطوا فى الأموال التى تسرق أن تؤخذ وتنقل من حيز إلى حيز، بأن تنتقل من حرز مثلها إلى يد السارق (أى إلى حيازته). بل من الفقهاء من اشترطوا فى الأموال المسروقة ألا تكون ممـــا يتسارع إليه الفساد، فمالك والحنفية والثورى لم يقطعوا لذلك، والشافعى وأحمد أجـــازوا القطع، وعلى هذا الخلاف اللحم والفاكهة الرطبة واللبن. ومن الفقهاء من اشـــترطوا فى الأمـــوال المسروقة ألا تكون مباحة الأصل، والإحراز وحده هو الذى أثـــبت ملكيـــتها، كـــالطير بعـــد صيده، والسمك كذلك، والجواهر واللآلئ بعد الاستيلاء، وذلك ممن اصطاد واستولى بالفعل، لا ممن تلقى الملك عن هؤلاء، فقد قال أبـــو حنيفة وأصحابه وأحمد، لا قطع فى ذلك، لأن الشركة الطبيعية فى هذه الأشياء المـــباحة لا تزال آثارها ثابتة، وقال الشافعى ومالك وجب القطع لأن الملكية الخاصة استقرت، وقد زالت الشركة العامة بالصيد والاستيلاء.

ومـــنهم من قال إنه لا سرقة فى الأموال التى تكون منفعتها عامة، وإن كانت فى ملك خاص، كالمصاحف ونحوها، مما يكون الانتفاع بها قربة يتقرب بها إلى الله تعالى.

وإن الذى نستنبطه من هذا كله ثلاثة أمور يجب أن توضع فى الاعتبار :

أولهـــا : أن الفقهاء ضيقوا فى دائرة السرقات التى تقطع بها الأيدى صيانة لجسم الإنسان من التشويه ما أمكن، إلى درجة أننا نبحث عن السرقة التى تنطبق عليها هذه الشـــروط، سواء فيها ما كان موضع اختلاف أو اتفاق، فإننا نجد أحوالا نادرة تقطع فيهـــا الأيـــدى، وإنـــه مع ندرة القطع يكون فيه من الترويع للسارقين ما يحفظ أمن الآمنين.

❁ رأى الشيعة فى المقصود باليد التى تقطع فى حد السرقة :

ثانيهما : أننا إذا دعونا إلى تطبيق حد السرقة فإننا لا نقطع إلا فيما أجمع الفقهاء على القطع فيه، فإذا كان ثمة اختلاف فإننا نأخذ بقول من يمنع القطع، ولا نأخذ بقول من يتشدد، لأن موطن الخلاف يكون فيه شبهة، والحدود تسقط بالشبهات كما قررنا من قبل.

ثالثها : أن عقوبة السرقة للترويع، وإفزاع السارقين، وأن ذلك يتحقق بإعلان العقوبة فقط وثبوت التطبيق، ولو فى أيد محدودة، فإن العبرة فى الترويع بالإعلان، من غير نظر إلى كثرة الأيدى، أو قلتها، وأن البلاد التى تطبق هذا الحد الحاسم لمادة الشر لا تقطع إلا أيديا قليلة لو وزنت بجرائم السرقات التى تذهب الأرواح فى سبيلها لا تعد شيئا مذكورا بجوارها. فعلى الذين يذهب بهم فرط شفقتهم بالمجرمين أن يعلموا أن الأيدى التى تقطع ستكون قليلة جدا، ولكنها حاسمة قاطعة رادعة للأشرار، والله عليم حكيم[1]".

كنا نتمنى أن يقول لنا الشيخ محمد أبو زهرة رأيه فيما يقوله الشيعة من أن المقصود بالقطع فى حد السرقة هو الأصابع لا اليد – وهو ما أيده السيد الصدر فى تعليقه الذى ناقشناه فيما سبق.

(1) المرجع المشار إليه – البند 96 ص 123،124 .

الفرع السادس
فى حقوق الحكام وواجباتهم [1]

﴿عوده﴾ ٣٨٥ـ**واجبات الحكام** : تضع الشريعة واجبات على عاتق السلطات العامة وتلزمها بأدائها لصالح الجماعة، ويقوم بتنفيذ هذه الواجبات الموظفون العموميون على اختلاف درجاهم، كل فيما يختص به. فإذا أدى الموظف واجبه فلا يسأل عنه جنائيا، ولو كان الفعل الذى قام به مما تحرمه الشريعة بصفة عامة. فالقتل مثلا محرم على الكافة ولكنه مباح إذا كان عقوبة؛ لأن العقوبة ليست عدوانا؛ ولأن من واجب القاضى أن يحكم بها ومن واجب الهيئة التنفيذية أن تنفذها. والحكم بعقوبة الجلد وتنفيذها من واجبات الموظفين، ولا مسئولية على قاض أو منفذ ولو أن الضرب محرم أصلا؛ لأن الحكم واجب على القاضى والتنفيذ واجب على المنفذ، ولا خيار لأحدهما فيما يجب عليه ...

والقاعدة فى الشريعة الإسلامية أن الموظف لا يسأل جنائيا إذا أدى عمله طبقا للحدود المرسومة لهذا العمل، أما إذا تعدى هذه الحدود فهو مسئول جنائيا عن عمله إذا كان يعلم أن لا حق له فيه، أما إذا حسنت نيته فأتى العمل وهو يعتقد أن من واجبه إتيانه فلا مسئولية عليه من الناحية الجنائية ...

ومن تطبيقات هذه القاعدة[2] إقامة الحدود، فلا خلاف بين الفقهاء فى أن إقامة الحدود واجبة، وأن سائر الحدود إذا أتى بها على الوجه المشروع من غير زيادة فلا مسئولية على مقيمها عما تؤدى إليه من تلف لأن الواجب لا يتقيد بشرط السلامة؛ ولأنه لابد للمكلف بالواجب من إتيانه. فمن أقام حد الزنا على غير محصن فضربه مائة جلدة بطريقة مشروعة فلا مسئولية على الضارب إذا أدى الضرب إلى الموت، فإذا تعمد الزيادة عن المائة أو أخطأ فزاد على المائة فأدى الضرب إلى الموت فهو مسئول جنائيا فى الحالين، وهو مسئول عن الزيادة فى الحالين ولو لم يؤد الضرب

---

(١) للحكام بصفتهم أفرادا كل حقوق الأفراد، وعليهم كل الواجبات التى سبق بيانها، ولكنهم بصفتهم حكاما لهم حقوق وعليهم واجبات من نوع آخر، وقد خصصنا هذا المبحث لهذه الحقوق التى يتميز بها الحكام وتلك الواجبات التى يحملونها ...

(٢) المغنى ج/١٠ ص/٣٣٤، شرح فتح القدير ج/٤ ص/٢١٧، ٢١٨، ٢٥١، أسنى المطالب ج/٤ ص/١٦٣.

﴿عوده﴾ للموت ، وإذا أمر الإمام مقيم الحد أن يضرب أكثر من مائة وكان مقيم الحد يعتقد طاعة الإمام ويجهل تحريم الزيادة فلا مسئولية عليه، وإنما المسئولية على الإمام، فإذا كان عالما بالتحريم فهو مسئول ولا يعفيه الأمر من المسئولية ...

ومـــن تطبيقات هذه القاعدة أن الإمام يقتص منه فى كل ما تعمده من جور فجار بـــه على الناس. فإذا قتل إنسانا قتل به، وإذا قطع إنسانا قطع به سواء باشر الفعل كأن ضربه بسيف أو تسبب فيه كأن حكم عليه ظلما بالقتل أو القطع[1] ...

وكمـــا يسأل الإمام عن عمده يسأل عن خطئه، لكنهم اختلفوا فى ضمان الخطإ، فـــرأى البعض أن الضمان على الإمام وعاقلته؛ لأنه ضمان وجب بخطئه، فمسئوليته عـــنه كمســـئولية أى مخطىء. ورأى البعض أن ضمان الخطإ فى بيت المال؛ لأن خطأ الإمـــام يكـــثر فـــلو وجب الضمان فى ماله ومال عاقلته لأجحف بهم فضلا عن أن الحاكم يعمل للجماعة وليس لنفسه[2] ...

ويطـــبق مالك وأبو حنيفة وأحمد القاعدة السابقة فى التعازير، فيرون أن لا عقوبة ولاضمان على حاكم عزر إنسانا، إذا أدت العقوبة التعزيرية إلى موت المحكوم عليه، ســـواء كانت العقوبة فى ذاتها مهلكة كعقوبة الإعدام، أو كانت غير مهلكة كالجلد، ولكن تنفيذها أدى لموت المحكوم عليه. ورأى هؤلاء الفقهاء قائم على أن فعل المحكوم عليه استوجب الحكم بالعقوبة وتنفيذها بشرط السلامة إذا أداه المكلف به فى حدوده المشروعة ولم يتعمد الزيادة عليه ولم يحدث منه خطأ فى أدائه[3] ...

أمـــا الشافعى فيرى أن يضمن الإمام دية المحكوم عليه إذا عزره فمات أو كانت العقوبـــة التعزير هى الموت؛ لأن من حق الإمام العفو عن الجريمة والعفو عن العقوبة، كما أن من حقه اختيار العقوبة الملائمة للجريمة والمجرم، والتعزير بعد هذا مقصود به التأديب لا الهلاك، فكان مشروطا بسلامة العاقبة، فإذا عاقب الإمام بعقوبة متلفة أو بعقوبة أدت للتلف فعلا فهو مسئول عن ضمان الجانى ...

---

(١) شرح فتح القدير ج/٤ ص/١٦١:١٦٠، المذهب ج/٢ ص/١٨٩، الشرح الكبير ج/٩ ص/٣٤٣/ ٣٤٢، مواهب الجليل ج/٦ ص/٢٤٣، المدونة ج/١٦ ص/٥٧، الأم ج/٦ ص/١٧٠: ١٧١...

(٢) المغنى ج/١٠ ص/٣٣٤ : ٣٣٥، المهذب ج/٢ ص/٢٢٨، الأم ج/٦ ص/١٧٠: ١٧١...

(٣) المغنى ج/١٠ ص/٣٤٩، شرح الزرقانى ج/٨ ص/١١٦، شرح فتح القدير ج/٤ ص/٢١٢: ٢١٣..

<عوده> ويدخـــل فى التعزير عند الشافعى حد الخمر إذا زاد على أربعين جلدة، فإذا ضرب شارب الخمر أكثر من أربعين فأدى ذلك لموته كان الإمام مسئولا؛ لأن ما زاد على الأربعين تعزير مشروط بسلامة العاقبة ...

ويحـــتج الشـــافعى فى ترتيب المسئولية على الإمام عن التعزير المتلف أو المؤدى للتلف بأن عليا – رضى الله عنه – قال : "ليس أحد أقيم عليه الحد فيموت فأجد فى نفســـى شيئا أن الحد قتله إلا حد الخمر، فإن رسول الله لم يسنه لنا ". كما يحتج بأن عليًّا أشار على عمر بضمان امرأة استدعاها عمر ففزعت وألقت جنينها حين أرسل إليها، وقد عمل عمر بمشورته. ويحتج أيضا بأن رسول الله ﷺ لم ير التعزير واجبا فى كل حال، وأنه عفا عن الجريمة وعفا عن العقوبة فى جرائم التعزير[1] ...

ورأى الأئمة الثلاثة يتفق مع المبدإ الذى تسير عليه القوانين الوضعية الحديثة على خلاف رأى الشافعي، ولكن رأى الشافعى يؤدى إلى مبدإ اجتماعى صالح إذ يعوض ورثـــة المحكـــوم عليه عن موت عائلهم الذى يموت فى أغلب الأحوال من عقوبة لم يقصد منها موته، ولا شك فى أن مثل هذا التعويض يساعد على حماية أسرة المحكوم عليه وتنشئة أولاده تنشئة حسنة ...

٣٨٦ـ حقـــوق الحكام : للحكام فى الشريعة كل ما للأفراد من الحقوق، ولكن لهم فوق ذلـــك حق الأمر على الأفراد، واستعمال هذا الحق يؤدى إلى ترتيب واجب على الأفراد هو واجب الطاعة ، وقد قرر القرآن هذا الحق وذاك الواجب فى قوله ﷻ : ﴿يأيها الذين آمـــنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم فإن تنازعتم فى شىء فردوه إلى الله والرسول﴾ [النساء:٥٩] ...

وحـــق الأمـــر وواجب الطاعة كلاهما مقيد غير مطلق، فليس للآمر أن يأمر بما يخالف الشريعة، وليس للمأمور أن يطيع فيما يخالف الشريعة سواء كان موظفا أو غير موظف، وذلك ظاهر من قوله ﷻ : ﴿فإن تنازعتم فى شىء فردوه إلى الله والرسول﴾، ومن قول الرسول ﷺ : "لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق"، وقوله : "من أمركم من الولاة بغير طاعة الله فلا تطيعوه "...

---

(١) أسنى المطالب ج/٤ ص/١٦٣، شرح البهجة ج/٥ ص/١٠٨، المهذب ج/٢ ص/٢٢٨ ...

<عوده> فأمر الحاكم فى الشريعة لا يخلى المأمور من المسئولية ولو كان المأمور موظفا، وإذا أمر الرئيس مرءوسه بعمل مخالف للشريعة فأتاه وهو عالم بأنه غير مباح له كان على المرءوس عقوبة الفعل الذى أتاه؛ لأن أمر الرئيس فى هذه الحالة يُعَدّ أمرا غير ملزم لا تجب طاعته؛ لأنه صدر فيما لا سلطان للرئيس فيه، وليس للمرءوس أن ينفذه فإن نفذه حمل مسئوليته ...

وإذا كان الفعل محرما ولكن المأمور لا يعلم بذلك ونفذه طاعة للأمر معتقدا أنه غير محرم. فلا مسئولية على المأمور لحسن نيته، بشرط أن يكون الفعل داخلا فى اختصاص الآمر، إذ من الواجب على المأمور أن يطيع رئيسه فيما ليس بمعصية[1] ...

وإذا أكره الرئيس المرءوس على قتل أحد أو جلده بغير حق فمات فكلاهما مسئول جنائيا عن الفعل، ولا يعفى الإكراه المرءوس من المسئولية ولو كان الإكراه ملجئا، إذ الأصل فى الشريعة أن الإكراه على القتل لا يعفى المكره من العقوبة. وإذا كان الإكراه الملجئ لا يعفى من العقوبة فالإكراه الأدبى لا يعفى منها من باب أولى. والواقع أن الشريعة لا ترى فى مركز الرئيس من المرءوس ما يحمل الأخير على إطاعة أمر مخالف للشريعة ...

وإذا كان الآمر يعتقد حل الفعل الذى أمر به، وكان المأمور لا يعتقد حله ثم نفذه بالرغم من ذلك، فإن عليه المسئولية دون الآمر ...

ولا فرق فيما سبق بين أن يكون المأمور جنديا أو غير جندي، فصفة المأمور لا تحل له ارتكاب فعل محرم وصفة الآمر لا تبيح له أن يأمر بما ليس من حقه ...

٣٨٧ ـ *بين الشريعة والقانون* : وحكم الشريعة فى حق الآمر، وواجب الطاعة يتفق مع أحدث النظريات فى القوانين الوضعية إلا فيما تراه هذه القوانين من تفرقة بين حالة الجندى وغير الجندي، فإنها لا تسمح للجندى بمخالفة أوامر رؤسائه فيما هو ظاهر أنه من اختصاصهم، بينما تسمح لغير الجندى بمخالفة أمر رئيسه إذا رأى أن الأمر مخالف للقانون. والشريعة لا تقبل هذه التفرقة؛ لأنها تحرم تحريما قاطعا طاعة الرئيس فيما هو معصية سواء كان المرءوس جنديا أو غير جندي. ولا شك فى أن الشريعة تتفوق على القوانين فى هذه الناحية؛ لأنها تشجع المرءوس على قول الحق، وعلى سلوك السبيل السوى، وتجعل الرئيس فى حالة عجز عن مخالفة التشريع؛ لأنه لا يجد من ينفذ أمره، وفى ذلك خير ضمان للمحكومين والحاكمين على السواء ...

---

(١) الشرح الكبير ج/٩ ص/٣٤٢ : ٣٤٣، أسنى المطالب ج/٤ ص/٧ ومابعدها، شرح الزرقانى ج/٨ ص /١.

385 - 387 - مسئولية من يمارسون السلطة من الرؤساء والأتباع:

هــذا هو الموضوع الذى كنا نطالب به عندما اقترحنا دراسة "بغى" من يمارسون السـلطة، سـواء استولوا عليها بطريق شرعى بالشورى والبيعة الحرة، أو بالغصب والقوة والغلب (فى هذه الحالة يكون مجرد سعيهم للسلطة وادعائهم لها بغيا فى ذاته).

وقـد تفادينا استعمال كلمة "الحكام" لأن هذا اللفظ يطلق عادة على القضاة فى كثير من كتب الفقه، أما هنا فنحن ندرس حالة كل من يمارس السلطة التنفيذية سواء كان آمرا أو مأمورا تابعا منفذا لأوامره.

ونحـن نحمـد لـه أن بدأ بالكلام عن واجباتهم؛ لأن الشريعة تَعُدّ السلطة أداء لواجبات وقياما بالتزامات، فى حين أن كثيرين ممن يغتصبون السلطة أو يسعون إليها يظنونها مغانم ومزايا – وهذا هو ما نرفضه وندعو للاحتراز منه.

ويسرنا أنه أشار إلى أن القاضى هو الذى يجب عليه أن يحكم بالعقوبات الشرعية، وقد أكدْنا دائما أن هذا حق له وحده، كما قدمنا.

أهـم مـبدإ بدأ به هو أن ما يباح لهؤلاء هو ما يدخل ضمن اختصاصهم شرعا وبالشروط التى تضعها شريعتنا لتصرفاتهم – وأن ما يتجاوز ذلك عمدا أو خطأ فإنهم مسئولون عنه ومحاسَبون عليه، وإذا كان جريمة فإنهم يستحقون العقاب كغيرهم.

طبيعى أن الاختصاصات تختلف وتتفاوت، وعلى كل من يتولى مسئولية السلطة أن يعرف حدود ولايته واختصاصه، وأن يلتزم بتلك الحدود ولا يتجاوزها، وأن يعلم أن كـل تجـاوز يجعله مستحقا للمسئولية الجنائية أو المدنية كغيره من الناس سواء بسواء، دون أن يدَّعى لنفسه أى امتياز أو حصانة مزعومة.

وعـلم الجانى أو معرفته لها أهمية فى تقدير حُسن النية – وكثير من التشريعات تجعل حُسـن الـنية سـببا لاستبعاد ثبوت العمد فى الجرائم الجنائية – ولذلك فإن تجاوز المسئول حدود سلطته معتقدا أنه يعمل فى حدودها يكون شبهة توجب عدم توقيع الحد عليه أو القصاص. لكننا نرى أن التعزير يبقى بابه مفتوحا مع ملاحظة تنوع التعازير التى تشمل فى نظرنا ما يُعَدُّ فى العصر الحاضر من الجزاءات الإدارية أو التأديبية فضلا عن التدابير الوقائية والتهذيبية والعبادية.

❁ حسن نية من ينفذ أمر رئيسه معناها اعتقاده بأن الأمر الصادر له شرعي، وإذا ثبت غير ذلك يكون مسئولا :

ونلاحـــظ أن كـــثيرا مـــن الفقهاء يتكلم عن وجوب القصاص أو الحد أو عدم جوازه، ويهمنا مبدأ وجوب التعزير دائما ومرونته التى تتسع لتدابير غير جنائية..

ويؤسفنا أنه استعمل كلمة الإمام، وهو يقصد القاضى؛ لأن بعض الناس يظن أن الإمام هو رئيس الدولة، فى حين أن القاضى وحده هو الذى له الحق فى إقامة الحدود فـــلا داعـــى لذكر الإمام. وما دام هناك قاض فلا حق لرئيس الدولة فى القضاء. ونرى أن الدولة يجب عليها إقامة قضاء مستقل، وبالتالى لا يجوز فى نظرنا لرئيسها أن يتدخل فى القضاء بأى وجه من الوجوه إلا إذا كان مجتهدا ويعمل بهذه الصفة وحدها ولم يكـــن هـــناك قاض – وهذا الغرض أصبح غير ممكن بعد أن قفل باب الاجتهاد الفردى... وأصبح الاجتهاد جماعيا.

وقـــد عاد لاستعمال كلمة الحاكم بدلا من الإمام، وقد أشرنا إلى أنها تستعمل فى الفقه للإشارة إلى القضاة، ونعتقد أنه قصد ذلك لأن الفقهاء الذين نقل عنهم كانوا يعـــبرون عن القاضى بأنه "الحاكم". والخلافات بين آراء الفقهاء فيما يتعلق بالضمان أو المسئولية المدنية لها نظائر فى الفقه الوضعى العصرى ...

* * *

إن الـــتزام الأتـــباع بطاعة رؤسائهم يجب أن يؤخذ فى الحسبان عند الكلام عن مسئوليتهم عن الأفعال التى يعتقدون بحُسن نية بأن سلطة رؤسائهم وولايتهم توجب عليهم تنفيذ تلك الأوامر، وفقهاؤنا يرون إعفاءهم من المسئولية عما تضمنته الأوامر الـــتى نفذوهـــا مـــن خطإ أو عدوان – طالما كانوا حسنى النية – ويكون الآمر هو المسئول.

إنـــنا إذا أعفيـــنا الأتباع حسنى النية من المسئولية، فإن الرئيس الآمر هو الذى يـــتحمل المســـئولية دائما – سواء عوقب الأتباع أو لم يعاقبوا، وسواء عرفوا أو لم يعرفوا.

❁ لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق :

أســاس إعفــاء التابع فى نظر كثيرين هو أنهم مكرهون على طاعة رؤسائهم أو ملتزمون بها شرعا، وأنهم يعتقدون أن الرئيس الذى أعطاهم الأمر كان يمارس ولاية "شرعية" صحيحة، وأنهم لذلك ملزمون شرعا بتنفيذ أوامره.

لكــن هذا الالتزام الشرعى مقيد بشرط أن يعتقد بحُسن نية أن أمر الرئيس ليس معصــية؛ لأن المبدأ الشرعى أنه "لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق". وإذا كان يعلم أنه معصية واضحة ومعروفة فإنه لا يتمتع بالإعفاء من المسئولية.

وسنرى تفصيل ذلك فى المبحث التالى بشأن أسباب عدم المسئولية التى عبر عنها بأنها أسباب رفع "العقوبة"، وهو تجاوز فى التعبير لا نقره لأن الأمر خاص بالمسئولية لا بالعقوبة.

المبحث الثاني
أسباب رفع العقوبة

<عوده> ٣٨٨ ـ *ما يرفع العقوبة*: ترفع العقوبة عن الفاعل فى أربع حالات هى:

(١) الإكراه . (٢) السكر . (٣) الجنون . (٤) صغر السن .

وفى كل حالة من هذه الحالات يرتكب الفاعل فعلا يحرمه الشارع ويعاقب عليه، ولكن الشارع يعفيه من العقاب لحالة قائمة فيه لا فى فعله. فأساس الإعفاء من العقوبة صفة قائمة فى شخص الفاعل، بعكس الأمر فى أسباب الإباحة فإن الإباحة أساسها وجود صفة فى الفعل لا تجعله محرما. وعلى هذا نستطيع أن نميز بين أسباب الإعفاء من العقوبة وبين أسباب الإباحة، بأن الإعفاء يرجع لصفة فى الفاعل وأن الإباحة ترجع لصفة فى الفعل ...

وسنخصص فيما يأتى مبحثا لكل حالة من حالات رفع العقوبة ...

388 – شرط المسئولية الاختيار الحر والرشد العقلي :

أشرنا إلى أن الشارع الحكيم قد كرم بني آدم بأن منحهم العقل الراشد والاختيار بـــين الخير والشر، ولذلك فإنهم يتحملون مسئولية الجزاء الأخروى والدنيوى (بما فى ذلك الجزاء الجنائى) طالما توافر لديهم هذان الشرطان، وتنعدم المسئولية كلما وجد سبب يفقد الإنسان الاختيار الحر أو العقل الراشد .

وقد أورد أربعة أسباب تبرر انعدام المسئولية :

أولهـــا: عـــدم الاخـــتيار الحر وهو الإكراه – وعَدّ حالة الضرورة داخلة ضمن الإكراه، وفى نظرنا أن الإكراه هو نوع من الضرورة.

أما الثلاثة الباقية، فهى حالات لا يتوافر فيها العقل الراشد اللازم والكافى لتحمل المسئولية.

ولذلك اعترضنا على استعمال كلمة ارتفاع العقاب؛ لأن موضوعنا هو المسئولية، ويجب التفرقة بين امتناع المسئولية لعدم توافر شروطها، وامتناع العقاب برغم توافر شروط المسئولية.

الفرع الأول
فى الإكراه

<عوده> ٣٨٩ ـ *تعريف الإكراه* : يعرِّف بعض الفقهاء الإكراه بأنه فعل يفعله الإنسان بغيره فيزول رضاه أو يفسد اختياره، وبأنه فعل يوجد من المكره يحدث فى المحل أى المكره معنى يصير به مدفوعا إلى الفعل الذى طلب منه، وبأنه عبارة عن تهديد الغير على ما هدد بمكروه على أمر بحيث ينتفى به الرضاء[١] ...

ويعرفه البعض بأنه ما يفعل بالإنسان مما يضره أو يؤلمه[٢]. ويرى البعض أن حد الإكراه هو أن يهدِّد المكرَه قادرٌ على الإكراه بعاجل من أنواع العقاب يؤثر العاقل لأجله الإقدام على ما أكره عليه، وغلب على ظنه أنه يُفعَل به ما هُدِّد به إذا امتنع مما أكرهه عليه[٣] ...

٣٩٠ ـ *أنواع الإكراه* : الإكراه نوعان : نوع يعدم الرضا ويفسد الاختيار، وهو ما خيف فيه تلف النفس، ويسمى إكراها تاما أو إكراها ملجئا. ونوع يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار وهو ما لا يخاف فيه التلف عادة كالحبس والقيد لمدة قصيرة، والضرب الذى لا يخشى منه التلف، ويسمى إكراها ناقصا أو إكراها غير ملجئ[٤]...

والإكراه الناقص لا يؤثر إلا على التصرفات التى تحتاج إلى الرضاء كالبيع والإجارة والإقرار؛ فلا تأثير له على الجرائم ...

أما الإكراه التام فيؤثر فيما يقتضى الرضا والاختيار معا كارتكاب الجرائم؛ فمن أكره على جريمة زنا مثلا ينبغى أن يكون الإكراه الواقع عليه بحيث يعدم رضاه ويفسد اختياره. والإكراه التام هو الذى سنتكلم عنه...

ويرى بعض الفقهاء فى مذهب أحمد – ورأيهم مرجوح – أن الإكراه يقتضى شيئا من العذاب مثل الضرب والخنق وعصر الساق وما أشبه، وأن التوعد بالعذاب لا يكون إكراها. ويستدلون على ذلك بقصة عمار بن ياسر حين أخذه الكفار فأرادوه على

---

(١) البحر الرائق ج/٨ ص/ ١٧٩ ...

(٢) مواهب الجليل ج/٤ ص/٤٥ ...

(٣) أسنى المطالب، وحاشية الشهاب ج/٣ ص/٢٨٢ ...

(٤) البحر الرائق ج/٣ ص/ ٨٠ ...

〈عوده〉 الشرك بالله فأبى عليهم، فلما غطوه فى الماء حتى كادت روحه تزهق أجابهم مـــا طلبوا. فانتهى إليه النبى ﷺ وهو يبكي، فجعل يمسح الدموع من عينه ويقول: "أخـــذك المشركون فغطوك فى الماء وأمروك أن تشرك بالله ففعلت، فإن أخذوك مرة أخـــرى فافعل ذلك بهم". ويستدلون أيضا بما قاله عمر رضى الله عنه : "ليس الرجل أمينا على نفسه إذا أوجعته أو ضربته أو أوثقته" .

فهؤلاء الفقهاء يرون أن الإكراه يستلزم فعلا ماديا يقع على المكره فيحمله على إتيان ما أكره عليه، فإن لم يكن الإكراه ماديا وسابقا على الفعل الذى يأتيه المكره فلا يُعَدّ الفاعل مكرها فى رأيهم[1]...

ويـــرى أصـــحاب الـــرأى الـــراجح فى مذهب أحمد ما يراه مالك وأبو حنيفة والشـــافعي، فيرون أن الوعيد بمفرده إكراه، وأن الإكراه لا يكون غالبا إلا بالوعيد بالتعذيب أو بالقتل أو بالضرب أو بغير ذلك. أما ما مضى من العقوبة فإنه لا يندفع بفعل ما أكره عليه، ولا يخشى منه شيئا بعد وقوعه، إنما الخشية والخوف مما يهدد به، فـــإذا وقـــع الفعل المهدد به انتهت الخشية وذهب الخوف. فالذى يندفع إذن بإتيان الفعل المكره عليه هو ما يتوعد به من العقوبة أو التعذيب وليس ما وقع فعلا[2] ...

وعـــلى هـــذا فالإكراه يصح أن يكون ماديا، ويصح أن يكون معنويا، فالإكراه المادى هو ما كان التهديد والوعيد فيه واقعا، أما الإكراه المعنوى فهو ما كان الوعيد والتهديد فيه منتظر الوقوع ...

---

(١) المغنى ج/٨ ص/ ٢٦٠، الشرح الكبير ج/٨ ص/٢٤٠ ...

(٢) المغنى ج/٨ ص/٢٦١، البحر الرائق ج/٨ ص/٨٠، أسنى المطالب ج/٣ ص/٢٨٢ : ٣٨٢، مواهب الجليل ج/٣ ص/٤٥ :٤٦

❁ 389 ، 390 – التعريف والتقسيم :

قصــر تعريفه على الإكراه الواقع من جانب إنسان آخر، لأنه خصص للضرورة الناتجة من غير فعل إنسانى البنود من (399 – 406). وكنا نفضل أن يخصص لها فرعا مستقلا أو أن يشار إليها فى عنوان هذا الفرع كما فعلنا .

وسوف نتكلم عن الفرق بين الضرورة والإكراه فيما بعد فى تعليقنا على البند (399).

* * *

وقــد فرق بين الإكراه التام أو الملجئ، وبين الإكراه الناقص غير الملجئ، وعرَّف الإكراه التام الملجئ بأنه يعدم الرضا والاختيار معا؛ لأنه يهدد المكره بخطر على نفسه وهو ما لا يستطيع عاقل أن يرضى به أو يختاره. فالرضا هنا منعدم لأن العاقل العادى عادة يفضل البقاء على قيد الحياة إذا خُيِّر بين أن يكون أو لا يكون ...

أما النوع الأقل درجة ويُعَدّ إكراها ناقصا غير ملجئ، فهو لا يعدم الاختيار لكنه يفســد الرضا؛ فالمكره قد اختار فعلا لكن رضاه كان غير صحيح أو فاسد. وهذه التفرقة لا نظير لها فى الفقه الوضعى.

<عوده> ٣٩١ - *شروط الإكراه* : يشترط لوجود الإكراه توافر الشروط الآتية، فإن لم تتوافر فلا يُعَدُّ الإكراه قائما ولا يُعَدُّ الفاعل مكرها :

أولا : أن يكون الوعيد ملجئا "،أى مما يستضر به ضررا كبيرا" بحيث يعدم الرضا كالقتل والضرب الشديد والقيد والحبس الطويلين. وتقدير الوعيد الذى يستضر به مسألة موضوعية تختلف باختلاف الأشخاص والأسباب المكره عليها، فقد يكون الشيء إكراها فى حق شخص دون آخر وفى سبب دون آخر. فبعض الأشخاص قد لا يتضرر من الضرب عدة أسواط، والبعض قد يتضرر من ضربة سوط واحدة. والبعض قد يرحب بمكثه فى السجن أمدا طويلا، والبعض قد يضار ببقائه فى السجن ليلة واحدة. والتهديد بالضرب والحبس والقتل لا يُعَدُّ إكراها فى جريمة القتل، ولكنه يُعَدُّ إكراها فى جريمة الشرب أو السرقة. والضرب اليسير فى حق من يبالى به ليس إكراها، ولكنه يُعَدُّ إكراها فى حق ذوى المروءات إن وقع على وجه يكون إخراقا بصاحبه وعضالة وشهرة فى حقه ...

والتهديد بالشتم والسب والقذف ليس إكراها باتفاق[1].

وأمر صاحب السلطان يُعَدُّ فى ذاته إكراها دون حاجة إلى اقترانه بالوعيد أو التهديد، إذا كان المفهوم أن جزاء المخالفة هو القتل أو الضرب الشديد أو الحبس والقيد الطويلين. وأمر من لا سلطان له لا يُعَدُّ إكراها إلا إذا كان المأمور يعلم أنه إن لم يطع وقعت عليه وسائل الإكراه أو كان الآمر قد اعتاد إيقاع هذه الوسائل على من يخالف أمره[2]...

وأمر الزوج لزوجته فى حكم أمر السلطان إن كانت تخشى أن تقع عليها وسائل الإكراه عند عدم الطاعة، فإن أطاعت وهى لا تخشى شيئا من هذا فلا يُعَدُّ الأمر إكراها[3]...

ويُعَدُّ الوعيد إكراها إذا وجه لنفس المكره، وهذا متفق عليه. فإذا وجه لغيره فهناك اختلاف: فيرى المالكية أن الوعيد إكراه ولو وقع على أجنبي[4]. ويرى بعض

---

(١) المغنى ج/٨ ص/٢٦١، مواهب الجيل ج/٤ ص/٤٥ ...

(٢) حاشية ابن عابدين ج/٥ ص/١١٢ ...

(٣) حاشية ابن عابدين ج/٥ ص/١٢٥ ...

(٤) مواهب الجيل ج/٤ ص/٤٥ ...

﴿عوده﴾ الحنفية أن الوعيد ليس إكراها إذا وقع على غير المكره، ولكن بعضهم يرى أنـــه إكراه إذا وقع على الولد أو الوالد أو على ذى رحم محرم. وهذا يتفق مع رأى الشافعية[١] ...

ويرى الحنابلة أن الوعيد إكراه إذا وقع على الابن أو الأب[٢]...

والوعيـــد بإتلاف المال إكراه عند مالك والشافعى وأحمد إذا لم يكن المال يسيرا، فإن كان المال يسيرا فلا إكراه. وتقدير ما إذا كان المال يسيرا أو غير يسير يرجع فيه إلى الشخص نفسه ومقدار ثروته، فقد يكون المال يسيرا بالنسبة لشخص وغير يسير بالنسبة لآخر[٣] .

والأصـــل فى مذهـــب أبى حنيفة أن الوعيد بإتلاف المال ليس إكراها، ولو كان إتـــلاف المال يلحق ضررا جسيما بصاحبه؛ لأن محل الإكراه الأشخاص لا الأموال. ولكـــن بعض فقهاء الحنفية يرى الوعيد بإتلاف المال إكراها، وأصحاب هذا الرأى يختـــلفون فـــيما بيـــنهم. فيشترط بعضهم أن يكون الوعيد بإتلاف كل المال ليكون إكـــراها، والبعض لا يشترط إتلاف كل المال، ويكفى عندهم لاعتبار الإكراه قائما، أن يكون الوعيد بإتلاف جزء من المال يستضر بإتلافه ضررا كبيرا[٤] ...

ويجب أن يكون الوعيد بفعل محذور، أى غير مشروع، فإن كان الفعل المهدد به مشـــروعا فـــلا يُعَدُّ الفاعل مكرها. فمن كان محكوما عليه بالجلد أو الحبس، وهدد بتنفيذ العقوبة عليه إن لم يرتكب جريمة فارتكبها، فعليه عقوبتها، ولا يُعَدُّ أنه كان فى حالـــة إكراه؛ لأن الفعل الذى هدد به مشروع، فلا يُعَدُّ أن التهديد هو الذى حمله على الفعل، بل يُعَدُّ أنه قد أتى الفعل بمحض رغبته[٥] ...

ثانيـــا : أن يكون الوعيد بأمر حال[٦] يوشك أن يقع إن لم يستجب المكره، فإن كان الوعيد بأمر غير حال فليس ثمة إكراه؛ لأن المكره لديه من الوقت ما يسمح له

---

(١) حاشية ابن عابدين ج/٥ ص/١١٠، أسنى المطالب وحاشية الشهاب الرملى ج/٣ ص/٢٨٣ ...

(٢) الإقناع ج/٤ ص/٤ ...

(٣) مواهب الجليل ج/٤ ص/٤٥، أسنى المطالب ج/٣ ص/٢٨٢، الإقناع ج/٤ ص/٤، المغنى ج/٨ ص/٢٦١.

(٤) البحر الرائق ج/٨ ص/٨٢ ...

(٥) حاشية ابن عابدين ج/٥ ص/١٢٠، أسنى المطالب ج/٣ ص/ ٢٨٢، المغنى ج/٨ ص/٢٦٠...

(٦) حاشية ابن عابدين ج/٥ ص/ ١٠٩ ...

﴿عوده﴾ بحمايـــة نفســـه؛ ولأنـــه ليس فى الوعيد غير الحال ما يحمله على المسارعة بارتكـــاب الفعل. ويرجع فى تقدير ما إذا كان الوعيد حالا أو غير حال إلى ظروف المكره وإلى ظنه الغالب المبنى على أسباب معقولة ...

ثالـــثا : أن يكـــون المكـــره قادرا على تحقيق وعيده؛ لأن الإكراه لا يتحقق إلا بـــالقدرة، فـــإن لم يكن المكره قادرا على فعل ما هدد به فلا إكراه. ولا يشترط فى المكره أن يكون ذا سلطان كحاكم أو موظف؛ لأن العبرة بالقدرة على الفعل المهدد به لا بصفة المكره ...

رابعا : أن يغلب على ظن المكره أنه إذا لم يجب إلى ما دعى إليه تحقق ما أوعد به. فإن كان يعتقد أن المكره غير جاد فيما أوعد به، أو كان يستطيع أن يتفادى الوعيد بأى طريقة كانت ثم أتى الفعل مع ذلك، فإنه لا يُعَدّ هنا مكرها، ويجب أن يكون ظن المكره مبنيا على أسباب معقولة ...

٣٩٢ـ *حكم الإكراه* : يختلف حكم الإكراه باختلاف الجرائم. ففى بعض الجرائم لا يكون للإكراه أى أثر، وفى بعضها ترتفع المسئولية الجنائية ويباح الفعل، وفى بعضها تبقى المسئولية الجنائية وترتفع العقوبة؛ فالجرائم بالنسبة للإكراه على ثلاثة أنواع:

١ – نوع لا يؤثر عليه الإكراه فلا يبيحه الإكراه ولا يرخص به ...

٢ – نوع يبيحه الإكراه فلا يُعَدّ جريمة ...

٣ – نوع يرخص به الإكراه فيُعَدّ جريمة ولكن لا يعاقب عليه ...

٣٩٣ـ *الجرائم التى لا يؤثر عليها الإكراه* : اتفق الفقهاء على أن الإكراه الملجئ لا يـــرفع العقوبـــة على المكره إذا كانت الجريمة التى ارتكبها قتلا أو قطع طرف أو ضـــربا مهلكا[1]، وحجتهم فى ذلك قوله ﷺ : ﴿ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بـــالحق﴾ [الأنعـــام:١٥١]، وقوله ﷺ :﴿والذين يؤذون المؤمنين والمؤمنات بغير ما اكتسبوا فقد احتملوا بهتانا وإثما مبينا﴾ [الأحزاب:٥٨]. ويعللون عقاب المكره بأنه قتل المجنى عليه متعمدا ظالما لاستبقاء نفسه، معتقدا أن فى قتله نجاة نفسه وخلاصه من شر المكره ...

---

(١) البحر الرائق ج / ٨ ص / ٧٤ : ٧٧.

‹عوده› والظاهر أن الفقهاء يرون أن كل جريمة يمكن أن تباح أو يرخص بها للإكراه إلا قــتل الإنسان والاعتداء عليه اعتداء مهلكا، فإنه كبيرة والتساهل فيها يؤدى إلى خطر جسيم، ولذلك يتشددون فى هذه الناحية ويجمعون على عدم تأثير الإكراه على العقوبــة فى هـــذه الجرائم. ولكنهم اختلفوا على نوع العقوبة: فمالك وأحمد يريان القصاص من المكره[1]، وفى مذهب الشافعى رأيان أرجحهما يرى القصاص، والثانى يرى أصحابه أن تكون العقوبة الدية على اعتبار أن الإكراه شبهة تدرأ القصاص[2]. وفى مذهب أبى حنيفة[3] اختلاف على العقوبة فنفر يرى القصاص وأبو حنيفة ومحمد يــريان الاكـــتفاء بـــتعزير المكـــره أى عقابـــه بالعقوبة التى يراها الشارع ملائمة، وأبو يوسف يرى الدية على المكره .

ونظرية فقهاء الشريعة فى عقاب المكره على القتل وقطع الأطراف والضرب المهلك تـــتفق تماما فى النتيجة مع ما يراه أصحاب النظرية المادية من شراح القوانين الوضعية، وهـــم الذين يرون أنه فى حالة الإكراه يتعارض حقان أو مصلحتان، وأن الفاعل يختار بـــين الجـــريمة والخطـــر الذى يتهدده، أو بين تضحية نفسه وتضحية الغير، ولا يرون العقـــاب إذا ضحى بالأقل قيمة كتضحية رغيف لإحياء شخص جائع. أما إذا تساوت المصـــلحتان أو ضحى بأكبرهما قيمة فيرون عقاب الفاعل[4]. وقد طبقت هذه النظرية فى إنجلـــترا فى حـــادث ملخصـــه أن يختا غرق ونجا من ركابه القبطان وآخر وخادم، واســـتقلوا قاربـــا للـــنجاة فبقوا به ثمانية عشر يوما يقاسون أشد الآلام، وبعدها اتفق القبطان ورفيقه على قتل الخادم ليشربا دمه وليقتاتا بلحمه، وقتلاه فعلا فحكم عليهما بالإعدام ثم استبدل بالإعدام الحبس ...

---

(١) مواهب الجليل ج/٦ ص/٢٤٢، المغنى ج/٩ ص/٣٣١، الإقناع ج/٤، ص/١٧١.

(٢) تحفة المحتاج ج/٤ ص/٧، المهذب ج/٣ ص/١٨٩.

(٣) بدائع الصنائع ج/٧ ص/ ١٧٩.

(٤) الموسوعة الجنائية ج/١ ص / ٤٩٢.

مـــا ذكره عن الشروط التى نص عليها فقهاؤنا لا يختلف كثيرا عن الشروط التى توصـــل إليهـــا الفقـــه الوضعى المعاصر وإن جاء متأخرا عن فقهنا بقرون عديدة – وكذلك الآراء المتنوعة والمتعددة فى فقهنا لها نظائر فى الفقه والقضاء العصرى.

والفقـــه يفـــرق فى مدى أثر الإكراه بين الجرائم المختلفة ويخصون جرائم القتل بأحكـــام تـــتفق مع ما جرت عليه شريعتنا فى تأكيد مبدإ حصانة الحياة الإنسانية فى شريعتنا ونتائج هذا المبدإ فى تشديد العقوبة على من يعتدى عليها.

ويكفى للتدليل على هذا الآية الكريمة فى قوله تعالى بعد أن ذكر قصة ابنى آدم(1).

وهـــذه الآية تدل على أن المشرع الإلهى يعنى بما نسميه النصوص التكليفية قبل النصوص العقابية، ويخص الجرائم الخطيرة بتنبيه الناس إلى ضرورة الامتناع عن أفعال معيـــنة تهدد المجتمع، ثم يكمل ذلك ويؤكده بتقرير عقوبة رادعة لها بنص شرعى فى حـــين أنـــه يـــترك الأمر فى غيرها لممثلى المجتمع من أهل الاجتهاد لتحديد العقوبة التعزيرية المناسبة.

ففـــى جريمة القتل حرمها عندما أوجب القصاص عند كلامه عن التوراة(2)، ومـــن أمثـــلة الأحكام التكليفية تحريم الزنا(3) وتحريم الخمر والميسر والأنصاب والأزلام(4) وتحريم الربا(5) وهكذا.

---

(1) ﴿من أجل ذلك كتبنا على بنى إسرائيل أنه من قتل نفسا بغير نفس أو فساد فى الأرض فكأنما قتل الناس جميعا ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا﴾ [الآية (32) من سورة المائدة – وكذلك الآية (33) من سورة الإسراء حيث يقول تعالى ﴿ولاتقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق ..﴾ .

(2) ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين ﴾ الآية (45) من سورة المائدة .

(3) ﴿ولاتقربوا الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيلا ﴾ الآية (32) من سورة الإسراء .

(4) ﴿إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه ..﴾ الآية (90) من سورة المائدة .

(5) ﴿... لاتأكلوا الربا ..﴾ الآية (130) من سورة آل عمران.

❁ – أحكام خاصة لجريمة القتل فى حالة الإكراه :

ونتيجة لعناية المشرع الإلهى بتشديد الجزاء على من يعتدون على حرمة النفس الإنسانية وسلامة الأشخاص – قرر الفقه أحكاما استثنائية فى حالة ارتكابها نتيجة للإكراه .. كما سنعرضه فيما يلى.

قال : إن الفقهاء اتفقوا على عقاب القاتل عمدا حتى ولو كان مكرها ...

وقد أفاض فى تعليل هذا الحكم الاستثنائى، ومع ذلك فإننا نعتقد أنه يكتفى بالتعزير – ويعطل القصاص فى حالة الإكراه الملجئ ويكتفى بالتعزير عند ثبوته مع ملاحظة ما قلناه مرارا من أن التعازير تتسع لتدابير تخرج عن نطاق العقوبة الجنائية وتدخل فى نطاق الوقاية والإصلاح والتهذيب بل والعبادة .. وأنها هى العقوبة الأصلية فى جميع الجرائم .

ولهذا فإننا نرجح ما نسبه إلى الإمامين / أبى حنيفة ومحمد من الاكتفاء بتعزير المكره، وقريب من ذلك رأى الإمام / أبى حنيفة – الذى يكتفى بالدية ...

وكذلك الحال فى الاعتداءات على سلامة الجسم كقطع الأطراف وإحداث العاهات والضرب والجرح – فنرى أنه يجب التعزير فى حالة الإكراه دون عقوبة القصاص .

ويلاحظ أن عناية الفقه بوضع أحكام خاصة بجريمة القتل الناتجة عن إكراه تؤيد ما قلناه مرارا من أن شريعتنا تجعل حماية حق كل إنسان فى عدم المساس بحياته أو سلامة بدنه من أهم مقاصدها السامية، ويترتب على ذلك استثناء هذه الجريمة من بعض الأحكام التى تطبق على مرتكبى الجرائم الأخرى – كما هو الشأن هنا فى أثر الإكراه على المسئولية .

﴿عوده﴾ ٣٩٤ـ *الجرائم التى يباح فيها الفعل* : يرفع الإكراه المسئولية الجنائية فى كل فعل محرم يبيح الشارع إتيانه فى حالة الإكراه : كأكل الميتة وشرب الدم لقوله ﷻ: ﴿وقد فصل لكم ما حرَّم عليكم إلا ما اضطررتم إليه﴾ [الأنعام: ١١٩]، ولقوله ﷻ: ﴿فمــن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه﴾ [البقرة: ١٧٣]. فأكل الميتة وشرب الــدم كلاهما محرم فى غير حالة الإكراه، ولكنه يباح إذا أكره الإنسان عليه، ومن ثم فلا مسئولية على إتيان الفعل، ولو أنه محرم أصلا؛ لأن التحريم يزول بالإكراه، بل إن المكــره ليأثم فيما بينه وبين ربه طبقا للرأى الراجح إذا امتنع عن مطاوعة المكره لأنه يلقى بنفسه فى التهلكة بامتناعه وعدم مطاوعته[١] ...

ويشـــترط فى الإكراه الذى يرفع المسئولية الجنائية ويبيح الفعل أن يكون إكراها ملجئا؛ فإن كان ناقصا فإنه لا يحل الفعل، فيبقى الفعل محرما معاقبا عليه

ويمكــن معــرفة الأفعــال التى يرفع فيها الإكراه المسئولية الجنائية من مراجعة النصــوص الــتى حرمتها، فإن كانت أحلتها عند الضرورة أو الإكراه فهى من هذا النوع، وإن لم تكن أحلتها عند الضرورة أو الإكراه فهى ليست منه. وعلى كل حال فهذه الأفعال خاصة بالمطاعم والمشارب المحرمة كأكل الميتة ولحم الخنزير وشرب الدم النجاسات ...

ويختــلف الفقهاء فى شرب الخمر: فأبو حنيفة والشافعى وأحمد يرون أن الإكراه ـبيح الفعل، أما مالك فيرى أن الإكراه يرفع العقوبة ولا يبيح الفعل، فيظل الفعل محرما على أصله ولكن الفاعل لا يعاقب لعدم التكليف، أى لانعدام الاختيار[٢] ...

مسئولية المكره المدنية عن هذه الجرائم : والأصل أن الإنسان لا يسأل جنائيا ولا مدنيا عن فعل مباح، والإكراه فى هذا النوع من الجرائم يحل الفعل، ومن ثم فلا يسأل الفاعل مدنيا عن الجريمة فى ذاتها، وإنما يسأل عن كل فعل آخر صحبها إذا ألحق هذا الفعــل ضررا بالغير. فلحم الخنزير مثلا محرم أصلا، ولكن الإكراه يبيح للإنسان أن يتناول هذا اللحم، ولا يُعَدُّ تناوله جريمة ولا مسئولية على الآكل من الوجهة المدنية إذا اشترى اللحم، أما إذا غصبه أو سرقه ممن يملكه فإنه يسأل مدنيا قبل المالك بقيمة

---

(١) بدائع الصنائع ج/٧ ص/١٧٦، المهذب ج/٢ ص/٢٤٥ وما بعدها، مواهب الجليل ج/٣ ص/٢٢٩.
(٢) المراجع السابقة ومواهب الجليل ج/٥ ص/٣١٨، وتبصرة الحكام ج/٢ ص/٢٢٧.

﴿عوده﴾ ما غصب أو سرق، والواقع أن المسئولية المدنية هنا ليست عن أكل اللحم، وإنما هى عن الغصب أو السرقة فكلاهما جريمة لا يعاقب عليها للإكراه، والإعفاء من العقاب لا يمنع من المسئولية المدنية عن هاتين الجريمتين ...

٣٩٥ـ *بين الشريعة والقانون* : وتختلف الشريعة عن القوانين الوضعية فى أنها تجعل الإكراه مبيحا لبعض الأفعال المحرمة، بينما القاعدة فى القوانين الوضعية أن الإكراه لا يبيح الفعل وإنما يرفع العقوبة فقط. والواقع أن الأفعال التى يبيحها الإكراه فى الشريعة محدودة وقد حرمت هذه الأفعال أصلا؛ لأن فى إتيانها ضررا بمن يأتيها. فشرب الخمر وأكل الميتة ولحم الخنزير محرمة؛ لأنها تضر بصحة الشارب والآكل قبل كل شيء، فهى أفعال محرمة لمصلحة الفاعل لا لمصلحة الغير، فكان من العدل أن تباح إذا أدى تحريمها لإلحاق ضرر أكبر بالفاعل، أو بتعبير آخر إذا انتفت حكمة التحريم، أما ما عدا ذلك من الأفعال فأساس التحريم فيها مصلحة الغير وسواء أكره الشخص على إتيانها أو أتاها مختارا فإن الفعل يمس مصلحة الغير .

فأساس التحريم قائم فى حالتى الإكراه والاختياروممن ثم بقى الفعل جريمة فى الحالين، ولكن لما كان الفاعل قد أتى الفعل وهو مكره فقد رفعت عنه عقوبة الفعل للإكراه ...

ولعل منطق الشريعة فى هذه الناحية أدق من منطق القوانين الوضعية التى تسوى فى الحكم بين الجرائم جميعا، وإن اختلف أساس التحريم فيها. فالقانون المصرى مثلا يعاقب على استعمال اللحم المذبوح خارج السلخانة[1]، والحكمة فى تحريم الاستعمال الخوف من أن يكون اللحم من حيوان مصاب بمرض معد، فيمرض الآكل، فإذا اضطر الجوع إنسانا ليأكل من هذا اللحم عُدَّ فعله جريمة بالرغم من أن التحريم قصد به أصلا المحافظة على حياة الآكل، وبالرغم من أن تحريم الفعل فى حالة الاضطرار يؤدى إلى القضاء على حياة الآكل واكتفى برفع العقاب عنه مع أن علة التحريم فى هذه الحالة منعدمة. وهكذا لا نجد الشريعة خالفت القوانين الوضعية إلا وجدنا الحق والعدل والمنطق والمصلحة فى جانب الشريعة ...

---

(١) المادة الأولى من لائحة السلخانات...

۞ 394، 395 – إباحة المحرمات من المأكولات والمشروبات لحفظ حياة الإنسان وعدم تعريض حياته للخطر :

يشير إلى نصوص القرآن التى تبيح أكل المحرم أو شربه فى حالة الضرورة – مثل أكل الميتة أو لحم الخنزير أو شرب الدم – وذلك لأن أكل الطعام والشراب أبيح للناس ليبقوا على حياتهم، فلا يجوز أن يكون تحريم أكل بعض المطاعم أو بعض المشارب سببا فى تلف النفس الإنسانية أو الإضرار بسلامة الجسم وصحته، بل يصبح من الواجب أكل كل ما يلزم لحفظ حياة الإنسان، ولو كان محرما فى الأصل.

وشرب الخمر هو الوحيد الذى شُرعت له عقوبة حدية – على خلاف فى ذلك كما سنراه فيما بعد – لكنها على كل حال تستوجب التعزير. والخلاف بين الفقهاء محصور فى القول بأن شربها يكون مباحا فى حالة الضرورة أو الإكراه كغيرها من المأكولات أو المشروبات المحرمة فى الأصل، أم أن من تناولها يعفى من المسئولية فقط، لكن الفعل يبقى معصية ومحرما .

إن لنا اعتراضا على تعميم المبدإ الذى يقول بأن الضرورات تبيح المحظورات؛ لأن الأصل أن أثر حالة الضرورة فى نظرنا هو الإعفاء من المسئولية لا الإباحة ..

ولكن يمكن القول بالإباحة استثناء فى حالة تناول المأكولات أو المشروبات المحرمة إذا اضطر الشخص لذلك اضطرارا حتى لا يفقد حياته أو يصاب بضرر جسمى أو بدنى أو صحى، لأن المحافظة على الحياة وسلامة الجسم واجب شرعى، وكل ما يلزم لإنقاذ حياة الإنسان من طعام أو شراب يكون تناوله مباحا له وواجبا عليه وليس حقا له فقط. لذلك نرى الإباحة فى هذه الحالة، وهذه قاعدة خاصة بالمطاعم والمشارب المحرمة كما أشار لذلك ...

بل إننا نرى أن الإباحة تشمل كل فعل يكون ضروريا لدفع خطر على حياة الأشخاص أو سلامة أبدانهم – ولو كان يُعَدُّ فى الأصل جريمة معاقبا عليها – كمن يسرق سلاحا ليدفع عن نفسه أو عن غيره خطرا يهدد حياته أو كمن يقتحم منزلا بدون إذن صاحبه ليساهم فى إطفاء حريق يهدد حياة الناس ... وهكذا.

❁ – إباحة كل ما يكون ضروريا لحفظ حياة الإنسان وسلامة بدنه ولا يُعَدُّ ذلك مجرد مانع من المسئولية، كما فى القوانين الوضعية

نرى أن يستثنى من الإباحة الجرائم الماسة بحياة الناس وسلامة أبدانهم، وأن يقتصر أثر الضرورة فيها على عدم المسئولية، للأسباب التى أوضحناها على البندين (**397**، **398**) وإن أجـــاز الفقه التعزير برغم توافر الإكراه أو الضرورة – لكن الفعل يبقى معصية ومحرما.

ونؤيـــد هنا إشارته إلى أن موقف الفقه أكثر دقة من القوانين الوضعية التى تسوى بـــين جميع الجرائم فيما يتعلق بأثر حالة الضرورة ويَعُدُّونها دائما سببا لعدم المسئولية وليست من أسباب الإباحة.

عوده ٣٩٦ ـ *الجرائم التى ترتفع فيها العقوبة* : يرفع الإكراه التام العقوبة فى كل الجرائم الأخرى عدا ما سبق، مع بقاء الفعل محرما على أصله. وعلة ذلك أن المكره لا يـأتى الفعل راضيا عنه ولا مختارا له اختيارا صحيحا. والمرء لا يسأل عن فعله إلا إذا كـان داركـا مخـتارا، فإذا انعدم الإدراك أو الاختيار فلا عقاب على الفاعل. فالسبب فى الإعفاء راجع إلى الشخص، لا إلى الفعل فى ذاته، ومن ثم رفعت العقوبة عن الفاعل وبقى الفعل محرما ...

وكل ما يشترط لرفع العقوبة عن المكره أن يكون الإكراه تاما، فإن كان ناقصا لم ترتفع العقوبة، ويستوى أن يكون الإكراه التام ماديا أو معنويا ...

ومـن الجرائم التى تدخل تحت هذا القسم القذف والسب والسرقة وإتلاف مال الغـير، فهـذه الجرائم وغيرها مما يدخل تحت هذا القسم لا عقاب عليها إذا أكره الإنسـان على إتيانها إكراها تاما، لقوله ﷻ : ﴿إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان﴾ [الـنحل:١٠٦]. ولكـن تبقى الأفعال المكونة لهذه الجرائم محرمة لقوله ﷺ : "كل المسلم حرام دمه وعرضه وماله" ...

واختـلف الفقهاء فى زنا الرجل، فقال أبو حنيفة أولا : " إن الرجل لا يزنى إلا منتشـرا، والانتشـار دليل على الشهوة والاختيار، فإذا زنا فهو غير مكره وعليه العقوبـة ". ثم عدل أبو حنيفة عن هذا الرأي؛ لأن الانتشار قد يكون دليل الفحولية لا دليـل الاخـتيار[1]. وفى مذاهب مالك والشافعى وأحمد من يرى رأى أبى حنيفة الأول ولكـنهم قـلة ورأيهـم مرجوح. والرأى الراجح فى المذاهب الثلاثة هو أن الإكراه يعفى الرجل من عقوبة الزنا؛ لأن التهديد والتخويف يكون على ترك الزنا لا على إتيانه، والفعل فى ذاته لا يخاف منه فليس ثمة ما يمنع الانتشار[2] ...

أمـا المـرأة المكرهة على الزنا فلا عقوبة عليها باتفاق، لقوله ﷺ: "رفع عن أمتى الخطـأ والنسيان وما استكرهوا عليه". وقد جرى العمل بهذا من عهد الرسول ﷺ حيث يروى أن امرأة استكرهت على عهده فدرأ عنها الحد، ولا فرق فى حالة المرأة بين الإكراه بالإلجاء أى أن تغلب على أمرها بقوة مادية وهو ما نسميه اليوم بالإكراه

---

(١) بدائع الصنائع ج/٧ ص / ١٨٠ ...

(٢) مواهب الجليل ج/٥ ص/٢٩٤، تحفة المحتاج ج/٤ ص/٩١، المغنى ج/١٠ ص/١٥٨ : ١٥٩ ...

﴿عوده﴾ المادي، وبين أن تكره بالتهديد وغيره وهو ما نسميه اليوم بالإكراه المعنوي. ومن القضايا المشهورة قضية امرأة عطشت فاستسقت راعيا فأبى أن يسقيها إلا أن تمكنه من نفسها ففعلت، فلما رفع أمرها لعمر استشار عليا رضى الله عنهما، فأفتى على بأنها مضطرة ولا عقاب عليها لقوله ﷻ : ﴿فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه﴾ [البقرة:١٧٣] فلم يعاقبها عمر ...

حكم المسئولية المدنية : يسأل المكره مدنيا فى هذا القسم عن الأضرار التى أصابت غيره من الجريمة التى ارتكبها، ولو أنه معفى من عقوبتها؛ لأن القاعدة فى الشريعة أن الدماء والأموال معصومة، أى أن الاعتداء عليها محرم، وأن الأعذار الشرعية لا تبيح عصمة المحل، أى أن ما عَدَّه الشارع عذرا للفاعل لا يبيح نفس الفعل المحرم، فإذا أعفى الفاعل من العقوبة فهو ملزم بتعويض غيره عن الأضرار التى سببها له بإنجاء نفسه من الهلكة والضرر ...

وتتفق الشريعة فى هذا القسم مع القوانين الوضعية الحديثة ولا تختلف عن القانون المصرى الذى ينص على رفع العقاب عمن ارتكب جريمة ألجأته إلى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره، ولم يكن لإرادته دخل فى حلوله ولا فى قدرته منعه بطريقة أخرى [1] ...

والقوانين الوضعية وإن كانت ترفع العقوبة عن المكره إلا أنها تجعله مسئولا مدنيا عن الأضرار التى أحدثها بالغير شأنها فى ذلك شأن الشريعة ...

---

(١) يراجع نص المادة ٦١ من قانون العقوبات المصري.

396 - أثر الضرورة محصور فى انعدام المسئولية الجنائية فى غير حالة المطاعم والمشارب (أو الأفعال اللازمة لحماية الأرواح والأجسام حيث يترتب عليها الإباحة)، لوجوب القيام بكل ما يلزم لحماية حياة الإنسان :

إننـــا نوافقـــه على ما قرره من أن الإكراه أو الضرورة لا تبيح الفعل المحرم وإنما تعفى فقط من المسئولية الجنائية فى غير حالة ضرورة حماية الأرواح، وعلى ذلك، فإن المســـئولية المدنية تبقى. وهو يؤكد أن الشريعة تتفق فى هذا مع الفقه الوضعى، وإن كـــان لها فضل السبق فى ذلك منذ قرون عديدة كما سبقت فى كثير من المبادئ التى يصفونها بأنها عصرية ...

والحـــال بخـــلاف ذلك بالنسبة لتناول المأكولات والمشروبات المحرمة أو أى فعل آخـــر يكـــون ضروريا لحماية الأشخاص أو سلامة أبدانهم، فإنه يباح؛ بل قد يصبح واجـــبا كما قدمنا فى البند السابق، ولذلك لا يكون هناك محل للمسئولية المدنية، إلا إذا وجد فعل آخر يستحق العقوبة كما أوضح فى البند السابق.

ونلاحـــظ أنه يعبر عن انعدام المسئولية بأنه "ارتفاع العقوبة" وعذره فى ذلك أن نصوص القانون المصرى ذاتها تستعمل هذه العبارة، فى حين أن الفقه المصرى يفضل الكلام عن المسئولية. أما موانع العقاب فهى حالات أخرى تكون فيها المسئولية قائمة وثابتة لكن يمتنع العقاب لسبب آخر، كما سيتضح فى كلامنا عن "العقوبة".

ولذلـــك فإن كلامه عن الزنا فى حالة الإكراه لا يدخل ضمن موانع العقاب، بل هو انعدام المسئولية بسبب عدم توافر الاختيار والإرادة الحرة.

〈عوده〉 ٣٩٧ ـ *أساس نظرية الإكراه في الشريعة* : بينا فيما سبق أساس حالة الإكراه المبيح للفعل، ونبين الآن أساس ما عداه من حالات الإكراه.

والظاهر من تتبع آراء الفقهاء أنهم يرون أن الإكراه يعدم الرضا ولا يعدم الاختيار، فالمكره لا ينعدم اختياره إطلاقا وإنما يفسد فقط ويضيق مداه بحيث لا يستطيع أن يختار إلا بين أمرين: إما ارتكاب الجريمة وإما تعريض نفسه لوعيد المكره. وإذا كانت المسئولية الجنائية تقوم على اختيار، فإنها لا تنعدم إلا إذا انعدم الاختيار، ولا يُعَدّ الاختيار منعدما إذا انحصر وضاق مداه على الوجه السابق؛ لأن المكره يستطيع أن يختار على أى حال ...

والمكره حين يختار ارتكاب الجريمة يلحق الضرر بغيره، وحين يختار الوعيد يلحق الضرر بنفسه، وكلاهما أمر تأباه الشريعة، فهى تحرم على الناس الإضرار بالغير كما تحرم على الناس أن يلقوا بأيديهم إلى التهلكة. فالمكره حين يختار إنما يختار بين محرَّمين أو بين ضررين. وقد وضعت الشريعة قاعدتين لحكم هذه الحالة :

أولاهما : أن الضرر لا يزال بالضرر. ومقتضى هذه القاعدة أنه لا يجوز للإنسان أن يدفع الضرر بمثله، فليس له أن يدفع الغرق على أرضه بإغراق أرض غيره، ولا أن يحفظ ماله بإتلاف مال غيره، وليس للمضطر أن يتناول طعام مضطر آخر، وهكذا.

وثانيتهما : أن أخف الضررين يرتكب لاتقاء أشدهما. ومقتضى هذه القاعدة أنه إذا لم يكن بد من ارتكاب أحد الضررين، فيجوز للإنسان أن يرتكب أخفهما لدفع الأشد، ولا يجوز له أن يرتكب أشد الضررين لدفع أخفهما.

فتطبيق هاتين القاعدتين يوجب على المكره أن يأتى من الأمرين أمرا واحدا بعينه، فإذا أتاه فهو لا يختار فى الواقع، وإنما يضطر إلى إتيانه اضطرارا بحكم الإكراه أولا، ونزولا على حكم الشريعة ثانيا، وإذن فاختياره ينعدم تماما إذا نزل على حكم قاعدتى الضرر سالفتى الذكر فتنعدم المسئولية الجنائية لانعدام الاختيار وترتفع العقوبة. أما إذا خالف حكم قاعدتى الضرر ودفع الضرر بمثله، أو دفع الضرر الأخف بالأشد فقد اختار، وهذا الاختيار لا يعدم المسئولية الجنائية ولا يرفع العقوبة ولو كان مداه ضيقا.

وقد جاءت أحكام الإكراه فى الشريعة تطبيقا دقيقا لما سبق. فإذا قتل المكره غيره أو قطع طرفه، أو ضربه ضربا مهلكا، فإنما يفعل هذا ليدفع عن نفسه القتل أو ما

﴿عوده﴾ يؤدى إلى القتل من قطع أو ضرب مهلك، وليس له أن يدفع الضرر بمثله أو بأشد منه، فإذا فعل ذلك فقد اختار؛ وهذا الاختيار، على ضيق مداه لا يرفع عنه المسئولية الجنائية فيعاقب على القتل والقطع والضرب المهلك. أما ما عدا هذا من الجرائم كالسرقة والقذف والسب والزنا والتبديد وإتلاف الأموال فليس فيها ما يساوى التهديد بتلف النفس، فإذا ارتكب المكره الجريمة لينجى نفسه من الهلكة فإنه لا يدفع الضرر بمثله، وإنما يدفع أشد الضررين بأخفهما ولا يختار بين الضررين نزولا على حكم الشريعة، وإذن فهو مكره على إتيان الجريمة ولا خيار له فى إتيانها أو تركها، وإذا انعدم اختياره انعدمت المسئولية الجنائية وارتفعت عنه العقوبة ...

٣٩٨ ـ *بين الشريعة والقوانين الوضعية* : هذه هى نظرية الإكراه فى الشريعة ومن له إلمام بالقوانين الوضعية يرى أن نظرية الشريعة جمعت بين نظريتين يقول بهما شراح القوانين : إحداهما النظرية الشخصية، والثانية النظرية المادية، وقد جمعت نظرية الشريعة بين أفضل ما فى النظريتين القانونيتين وسلمت من عيوبهما، ذلك أن أصحاب النظرية الشخصية يرون أن أساس الإكراه هو انعدام حرية المكره فى الاختيار. أما أصحاب النظرية المادية فيرون أنه كان مختارا، وأن فكرة توافر الاختيار وانعدامه لا تصلح أساسا لتعليل الإكراه، والصحيح عندهم أنه فى حالة الإكراه يكون هناك تنازع بين حقين أو مصلحتين، وأن هذا التنازع يقتضى تضحية أحدهما ما دام أقل قيمة من الآخر، أما إذا تساوت قيمة الحقين أو المصلحتين أو زادت قيمة أحدهما فأصحاب النظرية ينقسمون بعضهم على بعض، فمنهم من يرى العقاب إذا تساوى ضرر الجريمة مع ضرر الإكراه أو زاد عليه، ومنهم من لا يرى العقاب فى أى حال؛ لأن الجريمة فى هذه الحالة لا تهم الجماعة؛ ولأن المجرم لا يُعَدُّ خطرا، وهو تعليل غير مقنع ولا يسوِّغ الجريمة على أساس قانوني[1] ...

(١) الموسوعة الجنائية ج/١ ص/ ٤٩٢، شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص/ ٣٧٦ وما بعدها ...

🏵 397 ، 398 – أساس عدم المسئولية فى حالة الضرورة والإكراه هو عيب فى الرضا والاختيار:

قدمنا من قبل أن سبب عدم المسئولية فى حالة الإكراه أو الضرورة هو وجود عيب فى الرضا ناتج عن عدم حرية الاختيار. وقد استطرد فقيهنا فى التمييز بين الرضا والاختيار – ويَعُدّ الرضا المعيب بسبب الإكراه والضرورة ناتجا فقط عن عيب فى الاختيار لا عن انعدامه، سواء فى النواحى المدنية أو الجنائية. لكننا نرى أن كلمة الاختيار إنما يقصد بها "حرية الاختيار"؛ فكل ما يقيد حرية الاختيار يُعَدُّ عيبا فى الرضا ويترتب عليه انعدام المسئولية الجنائية. وعلى ذلك، فإننا لا نجاريه فى القول بأن شريعتنا تخرج عن نطاق المذهب الشخصى فى المسئولية الجنائية، وإن كانت فى نطاق المسئولية المدنية تتسع لفكرة الضمان كما شرحها فى المتن وسماها النظرية المادية. فالضمان المدنى فى فقهنا مختلف فى أساسه عن المسئولية الجنائية، وقاعدة ارتكاب أخف الضررين هى قاعدة مدنية ولا نرى إدخالها فى نطاق المسئولية الجنائية. إننا نَعُدُّ أن الشخص الذى يكون مهددا بخطر يفسد رضاه ويعطل حريته فى الاختيار لا يُسأل جنائيا، لكننا أشرنا إلى بقاء المسئولية المدنية، وفى نطاقها يطبق هذا المبدأ.

إنه لاحظ أن الفقه يخص جرائم الاعتداء على حياة الإنسان وسلامة جسمه بحكم استثنائى فيوجب التعزير فى حالة ارتكابها نتيجة الإكراه أو الضرورة. ومعنى ذلك أن المسئولية هنا تكون قائمة رغم وجود "عيب" فى الارادة أو فى الاختيار. ومعنى ذلك أن هذا المبدأ يجعل المسئولية فى تلك الأحوال خارج نطاق ما يسمى بالمذهب الشخصى وتدخل فى نطاق المذهب المادى فى المسئولية.

وبذلك نرى أن فقهنا تحرر من الالتزام بفلسفة وضعية معينة، فأحكامه فى المسئولية الجنائية تجمع بين المذهب المادى فى جرائم الاعتداء على حياة الإنسان وسلامة بدنه لأهمية ردعها وخطورة ارتكابها على المجتمع الذى يقدس حياة الإنسان ويصون سلامة جسمه صيانة خاصة، أما فى غيرها من الجرائم كلها (المشار إليها فى نهاية البند 397) فإن الأصل المقرر يتفق مع المذهب الشخصى الذى يعفى من المسئولية لمجرد وجود عيب فى الرضا أو نقص فى حرية الاختيار.

❁ – فقهنا لا يلتزم بالنظريات الوضعية الشخصية منها أو المادية:

ونحـــن نقـــره عـــلى ما لاحظه من أن فقهنا تحرر من عيوب التطرف فى كل من الـــنظريات الشخصية أو المادية، وإنه لذلك استطاع أن يستفيد من الاتجاهين بحسب خطـــورة الجريمة وعناية المشرع الإلهى بها. ونذكّر مرة أخرى بما قدمناه سابقا من أن شريعتنا تقدس حقوق الإنسان الأساسية وأولها حقه فى الحياة وفى سلامة البدن وهذا سبب تقرير القصاص عقوبة بدنية لمن يعتدى عليها عمدا ..

ولعـــل فى ذلـــك درســـا لمن يحاولون النيل من تشريعنا الجنائى جريا وراء الذين يـــرفعون شعارات غوغائية مثل معارضة العقوبات البدنية فى جميع الأحوال، أو إلغاء عقوبة الإعدام على مرتكبى جريمة القتل ... فى حين أن كثيرا من دعاة هذه "الموضة" مـــن أعـــوان الصهيونية و الإمبريالية يبيحون لأنفسهم إبادة شعوب كاملة لمجرد أنها مســـلمة أو عربية يريدون الاستيلاء على أوطانها وإسكان عناصر عميلة لهم فيها ... كما يحدث فى فلسطين وغيرها .

〈عوده〉 ٣٩٩ ـ *الإكراه والضرورة* : ويلحق بالإكراه حالة الضرورة من حيث الحكم، ولكنها تختلف عن الإكراه فى سبب الفعل. ففى الإكراه يدفع المكره إلى إتيان الفعل شـــخص آخـــر يأمر المكره بإتيان الفعل ويجبره على إتيانه، أما فى حالة الضرورة فلا يدفع الفاعل إلى إتيان الفعل أحد، وإنما يوجد الفاعل فى ظروف يقتضيه الخروج منها أن يـــرتكب الفعل المحرم، لينجى نفسه أو غيره من الهلكة، كمن يركب مع آخرين قاربـــا مملوءا بالأمتعة يكاد يغرق لثقل حمولته فإن نجاة الركاب تقتضى تخفيف حمولة القـــارب وإلقـــاء بعض الأمتعة التى تثقله فى الماء. ومن الأمثلة على حالة الضرورة الجوع الشديد والعطش الشديد، فإن الجائع أو العطشان إذا لم يجد ما يأكله أو يشربه مـــن طريق مباح هلك، وقد يندفع الجائع أو العطشان تحت تأثير الجوع والعطش إلى سرقة ما يسد رمقه أو يطفئ عطشه، كما قد يندفع إلى تناول طعام أو شراب محرم. ومثل ذلك يقال عمن كاد يهلك من البرد إذا أشعل نارا فى حطب آخر ليستدفئ أو أشعلها له غيره. ففى كل هذه الأحوال يوجد نفس الفاعل أو يوجد غيره فى حالة أو فى ظـــروف مهلكة فيندفع الفاعل إلى إتيان فعل محرم لإنجاء نفسه أو إنجاء غيره من الهلكة ...

٤٠٠ـ *شروط حالة الضرورة* : يشترط لوجود حالة الضرورة أربعة شروط:

١ – أن تكـــون الضرورة ملجئة، بحيث يجد الفاعل نفسه أو غيره فى حالة يخشى منها تلف النفس أو الأعضاء ...

٢ – أن تكـــون الضرورة قائمة لا منتظرة، فليس للجائع أن يأكل الميتة قبل أن يجوع جوعا يخشى منه ...

٣ – ألاّ يكـــون لدفـــع الضـــرورة وسيلة إلا ارتكاب الجريمة، فإذا أمكن دفع الضرورة بفعل مباح امتنع دفعها بفعل محرم. فالجائع الذى يستطيع شراء الطعام ليس له أن يحتج بحالة الضرورة إذا سرق طعاما ...

٤ – أن تدفـــع الضرورة بالقدر اللازم لدفعها، فليس للجائع أن يأخذ من طعام غيره إلا ما يرد جوعه ...

❁ 399 ، 400 – أثر حالة الضرورة فى انعدام المسئولية :

كنا نفضل أن تُعَدَّ الضرورة هى الأصل وأن الإكراه هو الذى يلحق بها؛ لأنه ليس إلا ضـــرورة ناتجة عن فعل شخص آخر يهدد الشخص فيضطر لتفادى هذا التهديد بارتكاب الفعل المعاقب عليه .

لذلك فإن الأولى أن نلحق الإكراه بالضرورة...

وشروط حالة الضرورة هى شروط الإكراه الذى يترتب عليه عدم المسئولية،كما أشـــرنا قـــبل إلى أنهـــا عنصر من عناصر حالة الدفاع الشرعى، وشروطها فى جميع الأحوال واحدة.

وأهـــم ما يجب العناية به هو المبدأ المشهور: أن الضرورة تقدر بقدرها، أى أنها لا تعفـــى إلا من المسئولية عن الفعل الضرورى لدفع خطر حال. وكل تجاوز عن هذه الحدود تطبق عليه القواعد العامة.

<عوده> ٤٠١ ـ *حكم حالة الضرورة* : يختلف حكم حالة الضرورة باختلاف الجريمة، فهناك جرائم لا تؤثر عليها الضرورة، وجرائم تبيحها الضرورة، وجرائم ترتفع فيها العقوبة للضرورة ...

٤٠٢ ـ *الجرائم التى لا تؤثر عليها الضرورة* : ليس للضرورة أثر على جرائم القتل والجرح والقطع، فليس للمضطر بأى حال أن يقتل غيره أو يقطعه أو يجرحه لينجى نفسه من الهلكة. فإذا كان جماعة فى قارب مشرف على الغرق لثقل حمولته فليس لأحدهم أن يلقى غيره فى الماء ليخفف حمولة القارب ولينجى نفسه وغيره من الهلكة، ولا يعفيه هذا إذا فعله من العقاب ...

ومن المتفق عليه أن الشخص الذى يحرم قتله أو جرحه أو قطعه هو الشخص المعصوم، أما المهدر فقتله مباح، بل هو واجب فى أكثر الأحوال ...

ويحرم مالك أكل لحم الإنسان فى حالة الضرورة ولو كان مهدرا، فمن جاع حتى أوشك أن يهلك ولم يجد إلا مهدرا فليس له أن يأكل من لحمه ما يرد جوعه سواء كان المهدر حيا أو ميتا، وهذا هو الرأى الراجح فى مذهب أبى حنيفه[١]...

ويجيز الشافعى وأحمد أكل لحم المهدر فى حالة الضرورة سواء كان المهدر حيا أو ميتا، ويوافقهما فى هذا بعض الحنفية، بل يبيح الشافعى وبعض الحنفية أكل لحم الميت المعصوم فى حالة الضرورة؛ لأن حرمة الحى أعظم من حرمة الميت، أما أحمد فيحرم أكل لحم المعصوم الميت[٢] ...

ويبيح الشافعى للمضطر أن يقطع من جسمه فلذة ليأكلها فى حالة الضرورة إذا ظن السلامة مع القطع[٣] ويخالفه فى هذا بقية الفقهاء ...

وليس للمضطر أن يأخذ من مضطر مثله ما يقيم حياته؛ لأنه أحق به حيث يساويه فى الضرورة وينفرد بالملك، فإن أخذه منه فمات فهو مسئول عن موته ويُعَدُّ قاتلا له بغير حق[٤] ...

---

(١) مواهب الجليل ج/٣ ص/٢٣٣، حاشية ابن عابدين ج/٥ ص/ ٢٩٦ ...

(٢) المغنى ج/١١ ص/٧٩، أسنى المطالب ج/١ ص/٥٧١ ...

(٣) أسنى المطالب ج/١ ص/٥٧١ ...

(٤) المغنى ج/١١ ص/٨٠، مواهب الجليل ج/٦ ص/٢٤٠ ...

<عوده> وللمضطر أن يأخذ ما يقيم حياته من غيره إذا لم يكن (هذا الغير) فى حاجة إليه، وإن احتاج الأمر إلى قتال قاتله عليه: فإن قتل المضطر فقاتله مسئول جنائيا عن قتله، ولا يُعَدُّ فى حالة دفاع، وإن قتله المضطر فهو هدر؛ لأنه ظالم بقتاله المضطر فأشبه الصائل. وليس للمضطر أن يقاتل على شىء كلما استطاع أن يأخذه بشراء أو استرضاء مهما تغالى صاحب الشىء فى الثمن؛ لأن المضطر لا يلزمه شرعا إلا ثمن المثل(١). وهذا هو رأى مالك والشافعي وأحمد، ولا يختلف عن رأى أبي حنيفه إلا فى أنه يبيح للمضطر أن يقاتل الممتنع باليد لا بالسلاح(٢) ...

٤٠٣ـ *الجرائم التى تبيحها الضرورة* : تباح الجريمة للضرورة إذا كانت الشريعة تنص على إباحتها فى حالة الضرورة، وهذا النوع من الجرائم خاص بالمطاعم والمشارب كأكل الميتة ولحم الخنزير وشرب الدم والنجاسات، فهذه الجرائم وأمثالها يباح إتيانها فى حالة الاضطرار باتفاق، وبشرط أن يقتصر الفعل المحرم على القدر الذى يسد الضرورة. فمن اضطره الجوع إلى أكل الميتة فله أن يأكل منها بقدر ما يسد رمقه ويأمن معه من الموت على رأي، أو بقدر ما يشبعه على رأى آخر، ولكن له أن يزيد على ما يشبعه إلا إذا كانت الضرورة مستمرة كما لو كان منقطعا فى صحراء(٣) ...

وللمضطر التزود من الطعام أو الشراب المحرم إذا كان يعلم أن الضرورة مستمرة، بشرط ألاَّ يطعمه ولا يشربه إلا إذا تجددت الضرورة(٤) ...

وقد اختلفوا فى إتيان الفعل المحرم الذى يباح للضرورة، فقال البعض ورأيهم الراجح إن إتيان الفعل واجب على المضطر وليس حقا له، فالمضطر إلى الطعام أو الشراب يأثم إذا لم يأكل المحرم أو يشربه لقوله ﷻ :﴿ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة﴾ [البقرة:١٩٥]، ولقوله ﷻ: ﴿ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما﴾ [النساء:٢٩] .

---

(١) المغنى ج/١١ ص/٨٠، أسنى المطالب ج/١ ص/٥٧٢، مواهب الجليل ج/٣ ص/٥٧٢، مواهب الجليل ج/٣ ص/٢٣٤ ...

(٢) حاشية ابن عابدين ج/٥ ص/٢٩٦ ...

(٣) أحكام القرآن للجصاص ج/١ ص/١٣٠، أسنى المطالب ج/١ ص/٥٧٠، المغنى ج/١١ ص/٧٣ ...

(٤) مواهب الجليل ج/٣ ص/٢٣٣، أسنى المطالب ج/١ ص/٥٧٠، المغنى ج/١١، ص/٧٥ ...

﴿عوده﴾ فوجب علــى الإنسان كلما قدر على إحياء نفسه بما أحله الله أن يتناوله ليحيى نفسه، ويرى البعض الآخر ورأيهم مرجوح أن إباحة الأكل والشرب رخصة للمضطر له أن يأتيها أو يتركها، فإتيان الفعل حق لا واجب[1]...

(١) أحكام القرآن للجصاص ج/١ ص/١٢٨ ...

401 – 403 – أثر حالة الضرورة فى المسئولية عن الأفعال الماسة بحياة الناس وسلامة أبدانهم :

قلنا سابقا (البند 393) بوجوب التعزير على من يعتدى على حياة إنسان حتى ولو ألجأته لذلك الضرورة أو الإكراه، وأيدنا الرأى القائل بأنه يكفى استبعاد القصاص والتعزير عن تلك الجرائم مع أن الرضا معيب، وهذا استثناء لأن الأصل أن المبدأ العام هو انعدام المسئولية فى حالة عدم توافر حرية الاختيار والرضا. وهذا المبدأ العام يطبق بالنسبة لجميع الجرائم ما عدا هذا النوع الذى تخصه شريعتنا بأحكام خاصة تحقق أكبر حماية ممكنة لحق الإنسان فى حياته وسلامة بدنه – وهذا اتجاه خاص بشريعتنا يميزها عن جميع القوانين الوضعية، ويشهد للشريعة الإلهية بتقرير حماية خاصة لحقوق الإنسان الأساسية .

ويكفى لتأكيد ذلك ما أورده عن قول بعض فقهائنا بتحريم أكل لحم الإنسان سواء كان حيا أو ميتا. ولذلك يعاقبون من يرتكب ذلك تعزيرا ولو كان مكرها أو فى حالة ضرورة.

ولكن هناك من يخالفون هذا القول ويعللون معارضتهم بأن ذلك يجوز لمصلحة إنسان آخر حى وخاصة إذا كان ما أكله لحم إنسان ميت، لأن الحى أولى من الميت .

وبلغت الدقة فى فقهنا بأنهم تكلموا عن حكم من يقطع من جسمه ليأكل فى حالة الضرورة، واختلفوا فى ذلك على النحو المفصل فى البند .

كذلك تحدثوا عن جواز القتال للحصول على ما ينقذ حياة الإنسان، وعدم معاقبة من يضطر لأخذ مال الغير إذا ألجأته الضرورة لذلك، واختلافهم فى ذلك يؤكد اتساع شريعتنا لتعدد الآراء الاجتهادية وتنوعها .

وقد كرر رأيه فيما يتعلق بالإهدار. ونحن نذكّر بأننا لا نوافق على عَدِّه سببا يبيح للأفراد الاعتداء على من سماهم مهدرين، وقد بينا حجة رأينا فيما سبق .

* * *

ليس من الضرورى وصف أكل الميتة والدم ولحم الخنزير بأنه جريمة جنائية – إذ إنه فعل محرم ديانة – وإذا كان فقهاؤنا يرون التعزير على مرتكبيها، فليس من الضرورى أن يكون ذلك التعزير عقوبة جنائية، بل قد يكفى من التعازير ما يمكن وصفه بأنه تدبير إصلاحى وتهذيبى يتسع له مبدأ التعازير كما قدمنا.

- إباحة المحرمات لإنقاذ حياة إنسان :

الأصل أن الضرورة فى التشريع والفقه هى سبب لمنع المسئولية وليست سببا من أسباب الإباحة. وهذه القاعدة يلتزم بها الفقه فى جميع الجرائم، فيما عدا الأفعال اللازمة لحماية حياة الإنسان وسلامة بدنه وخصوصا أكل أو شرب ما هو محرم، فإن الضرورة فى فقهنا تكون سببا لإباحة الفعل. وعبروا عن ذلك استثناء بأن الضرورات تبيح المحظورات .

وعلة هذا الاستثناء بأن الأكل أو الشرب أو أى فعل آخر ضرورى لحياة الإنسان وسلامة بدنه يكون واجبا عليه أن يفعله لا مجرد حق. إن شريعتنا توجب عليه أن يأكل ويشرب ويعمل ما يحفظ عليه حياته وسلامة بدنه وما هو واجب يكون مباحا من باب أولى.

〈عوده〉 ٤٠٤ـ *الجرائم التى ترفع الضرورة عقوبتها* : وفيما عدا النوعين السابقين من الجرائم، فإن المضطر إذا أتى الجرائم الأخرى مدفوعا إلى ارتكابها بالضرورة فإنه يعفى من العقوبة مع بقاء الفعل محرما، ومثل ذلك سرقة الجائع الطعام أو الشراب، وإلقاء أمتعة الركاب فى البحر إذا أشرف المركب على الغرق ...

ويشترط للإعفاء من العقوبة أن يكون الفعل المحرم مما يرد الضرورة، فإذا لم يكن كذلك فلا إعفاء، فمن يسرق أمتعة من آخر ليبيعها ويشترى بثمنها طعاما لايستطيع أن يدعى أنه كان فى حالة ضرورة؛ لأن سرقة الأمتعة لا تدفع الضرورة مباشرة، أما من يسرق رغيفا فإنه يستطيع أن يقول إنه كان فى حالة ضرورة؛ لأن السرقة تؤدى مباشرة لدفع الضرورة ...

٤٠٥ـ *حكم المسئولية المدنية فى حالة الضرورة* : حكم المسئولية المدنية فى حالة الضرورة هو حكمها فى حالة الإكراه، فالمضطر مسئول مدنيا كلما كان فعله محرما ولو رفعت عنه العقوبة ولا مسئولية عليه كلما كان فعله مباحا ...

٤٠٦ـ *الأساس الشرعى لحالة الضرورة* : الأساس الشرعى لحالة الضرورة هو نفس الأساس الذى يقوم عليه الإكراه. ففى حالة عدم رفع العقاب يبقى الفعل معاقبا عليه لانعدام الإلجاء، وفى حالة الإباحة يباح الفعل لانتفاء علة التحريم، وفى حالة رفع العقاب يرفع العقاب لتحقق الإلجاء وانعدام الاختيار، وقد فصلنا القول فى ذلك كله فى أثناء الكلام على الإكراه ...

۞ 404 – 406 – الضرورة تقدر بقدرها وتمنع المسئولية الجنائية، لكن لا أثر لها على الضمان المدنى :

إذا كـــانت حالة الضرورة تمنع المسئولية الجنائية فذلك فى حدودها؛ فمن يتجاوز الحـــد اللازم لدفع الخطر الذى يهدده، فإنه يكون مسئولا طبقا للقواعد العامة ولا يجوز أن يحتج بحالة الضرورة أو الإكراه.

وإذا كـــانت الضـــرورة تعطل المسئولية الجنائية لمصلحة المضطر أو المكره، فهى تســـتلزم عدم مسئوليته جنائيا، لكنها لا تستلزم عدم دفع التعويض لمن أصابه ضرر مـــنها، لذلـــك فإنها لاتصل إلى حد إعفائه من التعويض والمسئولية المدنية، لأن هذا الإعفاء ليس لازما لدفع الخطر الذى كان يهدده .

وكما قدمنا، فإن أساس الإعفاء من المسئولية الجنائية هو عيب فى الرضا وانعدام حرية الاختيار، لكن المسئولية المدنية فى فقهنا تحررت من هذا الاعتبار الشخصى وقد ســـبقت شريعتنا إلى الأخذ بفكرة الضمان، أى التوازن بين المصالح، كأساس مادى للتعويض المدنى، وهذا هو ما وصلت إليه أحدث النظريات الوضعية الأوربية ... فى المسئولية المدنية .

أكـــثر مـــن ذلك فإننا رأينا أن فقهنا اعتمد هذا الاتجاه فى حالة المسئولية الجنائية الناتجة عن الضرورة التى تستلزم تناول طعام أو شراب محرم أو ارتكاب جريمة أخرى (عـــدا جرائم الاعتداء على الأشخاص)، فقد عَدَّ فقهاؤنا الضرورة سببا للإباحة فى هذه الحالة .

لكـــن السؤال هو عما إذا كانت الضرورة فى هذه الأحوال الاستثنائية تعفى من المسئولية المدنية – أى الضمان – أم لا ؟ ...

وهذا موضوع يدخل فى نطاق دراسة المسئولية المدنية ...

الفرع الثاني
فى السكر

(عوده) ٤٠٧ـ *الشرب والسكر*: تحرم الشريعة الإسلامية شرب الخمر لذاته سواء أسكر أو لم يسكر، وتُعَدُّ جريمة الشرب من الحدود ويعاقب عليها بالجلد ثمانين جلدة..

وأجمع الفقهاء – ما عدا أبا حنيفه وأصحابه – على أن ما أسكر كثيره فقليله حرام سواء سمى خمرا أو كان له اسم آخر، وأن شرب القليل من أى مسكر معاقب عليه ولو لم يسكر. ولكن أبا حنيفه يفرق بين الخمر وغيرها من المسكرات، ويرى العقاب على شرب الخمر سواء أسكر أو لم يسكر، أما ما عدا الخمر من المسكرات فلا يرى العقاب على تناوله إلا إذا أدى شربه إلى السكر فعلا ...

والخمر فى رأى أبى حنيفه هى عصير العنب النيئ[١] إذا غلا اشتد وقذف زبده[٢] أو طبخ فذهب أقل من ثلثيه، وكذلك نقيع التمر والزبيب إذا اشتد بغير طبخ. أما عصير العنب إذا طبخ فذهب ثلثاه، ونقيع التمر والزبيب إذا طبخ وإن لم يذهب ثلثاه، ونبذ الحنطة والذرة والشعير وغيرها نقيعا كان أو مطبوخا فذلك هو المسكر[٣] لا يعاقب على مجرد شربه وإنما يعاقب على السكر منه ...

والمخدرات على اختلاف أنواعها كالحشيش والداتورة، وما أشبه لها حكم المسكر، ولكن لا يعاقب عليها بعقوبة الحد؛ لأنه ورد فى الخمر والسكر، والحد عقوبة مغلظة لا تقرر بالقياس، والمتفق عليه أن عقوبة تناول المخدارات هى التعزير...

تعريف السكر: ويعرف السكر بأنه: غيبة العقل من تناول خمر أو ما يشبه الخمر[٤]. ويُعَدُّ الإنسان سكران إذا فقد عقله فلم يعد يعقل قليلا ولا كثيرا، ولا يميز الأرض من السماء ولا الرجل من المرأة، وهو رأى أبى حنيفه[٥]. ويرى محمد وأبو يوسف أن

---

(١) بدائع الصنائع ج/٥ ص/١١٢ ...

(٢) عصير العنب النيئ خمر عند محمد أبى يوسف قذف بالزبد أو لم يقذف به ...

(٣) المغنى ج/ ١٠ ص/ ٣٢٧ ...

(٤) يدخل تحت هذا التعريف المسكرات على رأى أبى حنيفة كما تدخل تحته كل أنواع المخدرات ...

(٥) بدائع الصنائع ج/٥ ص/ ١١٨ ...

<عوده> السكران هو الذى يغلب على كلامه الهذيان، وحجتهما قوله ﷻ : ﴿يأيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون﴾ [النساء:٤٣]. فمن لم يعلم ما يقول فهو سكران، ورأيهما يتفق مع رأى باقى الأئمة[1] ...

---

(١) المغنى ج/١٠ ص/٢٣٥ ...

❁ 407 – السكر هو الذى يؤثر فى المسئولية – لكن بشروط :

الـــراجح فى الفقه أن شرب الخمر فى ذاته جريمة حتى ولو لم يترتب عليه سكر، وعقوبتها حدية على رأى وتعزير على رأى آخر، كما سنرى فى القسم الخاص.

لكن فيما يتعلق بالمسئولية ينحصر بحثنا فى السكر لا فى الشرب؛ فالذى يؤثر على المسئولية الجنائية هو فقد الوعى نتيجة السكر. وقد أشار إلى التعريفات المتعددة التى تدور حول هذه الفكرة.

أما إذا كان الجانى قد شرب ولكنه لم يفقد صوابه، فلا جدال فى أنه يكون مسئولا مسئولية كاملة عن أفعاله، ويعاقب إذا ثبت ارتكابه فعلا معاقبا عليه جنائيا، حتى ولو ثـــبت عليه الشرب وعوقب على ذلك، فمعاقبته على الشرب ليست دليلا على أنه كان فاقد الوعى أو سكرانا. ولا يشترط للعقاب على الشرب أن يؤدى إلى السكر على الرأى الراجح فى الفقه .

وقـــد استطرد للكلام عن عقوبة شرب الخمر ووصفها بأنها حد، ولحن لا نوافق عـــلى ذلـــك، لأن عقوبتها التعزير فى نظرنا، وهذا يتيح للفقيه والمقنن أن يحدد نوع العقوبة ومقدارها بحسب نوع المادة المسكرة أو المخدرة أو طريقة استعمالها أو الاتجار فيها أو تهريبها.

فكثير من التشريعات تضع عقوبة أقصى للاتجار فى المخدرات تصل إلى الإعدام. ثم إن تناول المخدرات يمكن أن يعاقب عليه بعقوبة أشد من تناول الخمر لأن نتائجها الصـــحية والاجتماعية فى نظر كثيرين أسوأ كثيرا من نتائج شرب الخمر، وقد يرى أولـــو الأمر وضع عقوبة تعزيرية أشد مما يقول به من يَعُدُّونهما حدا أقصاه أربعون أو ثمانون جلدة.

❁ التعزير يسمح لنا بتشديد عقوبة تناول المخدرات :

يهمنا القول بأن تناول المخدرات لا يعاقب عليها بالحد المقرر لشرب الخمر، لأنها عقوبـــة مخففة، فى حين أننا نرى ما يراه كثيرون من أن عقوبة تناول المخدر يجب أن تكـــون أشـــد مـــن عقوبة الحد للشرب خصوصا أننا نأخذ بمبدإ العقوبة على مجرد الشرب ولو لم ينتج عنه سكر ...

ولذلـــك نفضـــل فى رأينا أن تكون العقوبة فى الحالين تعزيرية حتى يمكن أن تقدر العقوبـــة حسب خطورة المادة المخدرة أو المسكرة، ولا يسوى بين جميع المسكرات والمخدرات، ولا نلتزم بعدد الجلدات التى يقررها من يقولون بالعقوبة الحدية.

<عوده> ٤٠٨ـ *السكر والمسئولية الجنائية*: الرأى الراجح فى كل من المذاهب الأربعة[١] أن السكران لا يعاقب على ما يرتكب من الجرائم إذا تناول المادة المسكرة مكرها، أو تناول المسكر مختارا وهو لا يعلم أنه مسكر، أو شرب دواء للتداوى فأسكره؛ لأنه ارتكب الجريمة وهو زائل العقل، فيكون حكمه حكم المجنون أو النائم وما أشبه ...

ويلحق بالإكراه حالة الاضطرار. فمن شرب الخمر مثلا وهو عالم بأنها خمر لدفع غصة فسكر منها ثم ارتكب جريمة فى أثناء سكره فإنه لا يعاقب عليها؛ لأنه مكره على تناولها. أما من يتناول المسكر مختارا بغير عذر، أو يتناول دواء لغير حاجة فيسكر منه، فإنه مسئول عن كل جريمة يرتكبها فى أثناء سكره سواء ارتكبها عامدا أو مخطئا، ويعاقب بعقوبتها؛ لأنه أزال عقله بنفسه، وبسبب هو فى ذاته جريمة فيستحمل العقوبة زجرا له، فضلا عن أن إسقاط العقوبة عنه يفضى إلى أن من أراد ارتكاب جريمة شرب الخمر، وفعل ما أحب فلا يلزمه شىء ...

وفى كل من المذاهب الأربعة رأى آخر مرجوح[٢] بل مهجور، وهو أن السكران لا يسأل عن تصرفاته سواء تناول المسكر مختارا أو مكرها أو غير عالم بأنه مسكر؛ لأن عقله كان زائلا وقت إتيان الفعل فلم يكن مدركا، والإدراك أساس المسئولية الجنائية فإذا فقد انعدمت المسئولية. ومصدر هذا الرأى عثمان رضى الله عنه، وهو أحد قولى الشافعي، وقد أخذ به قلة من الفقهاء فى كل مذهب، ولكنه كما قلنا رأى مهجور ...

٤٠٩ـ *السكر والمسئولية المدنية* : يسأل السكران مدنيا عن فعله ولو أعفى من العقاب لسكره، فالمسئولية المدنية لا ترتفع عن السكران بحال، ذلك أن الدماء والأموال معصومة أى محرمة طبقا للقاعدة العامة فى الشريعة، والأعذار الشرعية لا تبيح عصمة المحل، أى أن رفع العقوبة عن السكران بسبب عدم الإدراك لا يمنع من

---

(١) المغنى ج/٩ ص/٣٥٨ وج/١٠ ص/٣٢٥ ومابعدها، مواهب الجليل ج/٦ ص/٣١٧، تبصرة الحكام ج/٢ ص/٢٢٧، تحفة المحتاج ج/٤ ص/١١٨، المهذب ج/٢ ص/٨٢،١٨٥ : ٢٠٤، البحر الرائق ج/٥ ص/٢٥، شرح فتح القدير ج/٤ ص/١٧٨ ...

(٢) المراجع السابقة ...

<عوده> مسئوليته مدنيا عن تعويض الأضرار التى سببها للغير؛ لأن عدم الإدراك إذا صلح سببا لرفع العقاب فإنه لا يصلح سببا لإهدار الدماء والأموال ...

٤١٠ ـ *الشـريعة والقوانين* : تتفق آراء شراح القوانين مع ما يراه الفقهاء فى الشريعة، وينقسمون أيضا قسمين : أقلية ترى ما يراه أصحاب الرأى المرجوح فى الشريعة من أن السكران لا يعاقب فى أى حال على ما يرتكبه من الجرائم، وأغلبية ترى ما يراه أصحاب الرأى الراجح فى الشريعة من رفع العقاب عن السكران إذا تناول المسكر مكرها أو غير عالم بأنه مسكر، ثم ارتكب الجريمة فى أثناء سكره، فإن تناول المسكر مختارا فإنه يعاقب على أى جريمة يرتكبها فى أثناء سكره ...

ويتفق نص القانون المصرى تمام الاتفاق مع الرأى الراجح فى الشريعة الإسلامية، فهو لايعاقب من ارتكب الفعل وهو فاقد الشعور لغيبوبة ناشئة عن عقاقير مخدرة أيا كان نوعها إذا أخذها قهرا عنه أو على غير علم منه بها ...

408 - 410 - السكر الناتج عن الشرب الاختيارى لا يمنع المسئولية الجنائية والسكر فى جميع الأحوال لا يمنع المسئولية المدنية :

علـى الرغم من أن المسئولية أساسها الإدراك الكامل والإرادة الحرة، وأن السكران يكـون فاقد الوعى، فإن شريعتنا - كغيرها من الشرائع العصرية لا تعفى فاقد الوعى بسـبب سـكره الاختيارى من المسئولية الجنائية عن أى فعل ارتكبه وهو سكران فاقد الوعـى؛ بل تكون مسئوليته كاملة ما دام قد "شرب" الخمر أو تناول المسكر أو المخدر باختياره، لأنه يعلم مقدما بأن شربه أو تناوله المخدر قد يؤدى إلى ارتكابه أفعالا محظورة. وإذا كان الفعل الذى ارتكبه عمديا، فإنه يكون مسئولا عن عقوبة الجريمة العمدية لأن ما وقـع منه كان نتيجة احتمالية للشرب الاختيارى، وهذا يؤيد ما قلناه عن ميزة الشريعة الإسـلامية الـتى لا تقر ما تقول به المذاهب الفلسفية من الالتزام بالاتجاه الشخصى أو المادى. وقد رأينا أن شريعتنا تأخذ بالاتجاه الشخصى فى حالات معينة وفى حالات أخرى تؤثر الاتجاه المادى لا فى المسئولية الجنائية فقط بل فى المسئولية المدنية أيضا[1].

الحالـة الوحيدة التى قد تمتنع فيها المسئولية الجنائية بسبب السكر، هى إذا كان تناول المخدر أو المسكر نتيجة إكراه أو اضطرار أو خطإ.

وهـنا يمكن القول بتطبيق المذهب الشخصى الذى يربط المسئولية الجنائية بحرية الاختيار وشرط الرشد العقلى.

* * *

ذكرنا فى كلامنا عن الإكراه وحالة الضرورة أنه فى فقهنا نجد أن المسئولية المدنية لا ترتـبط بالمسئولية الجنائية، وهذا يسرى هنا فى حالات الشرب والسكر. فالمتفق عليه أن التعويض المدنى واجب دائما ولا يمنع من المسئولية المدنية وجود حالة السكر أو المخـدر أيـا كـان سبب حدوثها ... حتى ولو كانت هناك حالات تمتنع فيها المسئولية الجنائية عن السكران إذا كان سكره نتيجة خطإ أو إكراه أو جهل.

ومـا قالـه فقهاؤنـا فى هذا الشأن هو ما وصلت إليه القوانين الوضعية والفقه العصرى بعد عدة قرون ...

ولا قـيمة فى نظرنا للرأى الذى نسبه للمذاهب التى ترى أن السكران لا يكون مسـئولا حتى ولو تناول المسكر أو المخدر طائعا مختارا متعمدا - بحجة أنه لم يتوافر لديه الوعى اللازم للمسئولية الجنائية ...

---

(1) يراجع تعليقاتنا على البنود 396 ، 401 ، 402 فيما سبق .

الفرع الثالث
الجنون

<عوده> ٤١١ـ *تمهيد* : تَعُـدُّ الشريعة الإنسان مكلفا أى مسئولا مسئولية جنائية إذا كـان مدركـا مختارا، فإذا انعدم أحد هذين العنصرين ارتفع التكليف عن الإنسان. ومعنى الإدراك فى المكلف أن يكون متمتعا بقواه العقلية، فإن فقد عقله لعاهة أو أمر عارض أو جنون فهو فاقد الإدراك ...

والمـرء قد يولد فاقدا لقواه العقلية، وقد يولد متمتعا بهذه القوى، وقد تنمو قواه العقـلية مسايرة نمو جسمه، وقد يعترضها ما يوقف نموها من مرض أو عاهة فينمو الجسم إلى آخر أطوارها الأولى، وقد يبلغ الإنسان رشيدا متمتعا بقواه العقلية ولكن يطرأ عليه مرض يذهب بقواه العقلية كلها أو بعضها. ففقدان القوى العقلية ليس له وقت ولا أوان .

وفقدان القوى العقلية قد يكون تاما ومستمرا ويسمونه جنونا مُطْبِقًا، وقد يكون تامـا وغـير مستمر ويسمونه جنونا متقطعا، وقد يكون جزئيا فيفقد الإنسان قدرة الإدراك فى موضوع بعينه، ولكنه يظل متمتعا بالإدراك فيما عداه، وهذا ما يسمونه الجـنون الجزئي، وقد لا تفقد القوى العقلية تماما، ولكنها تضعف ضعفا غير عادي، فـلا يـنعدم الإدراك كلية، ولا يصل فى قوته إلى درجة الإدراك العادى للأشخاص الراشـدين، وهـذا ما يسمونه بالعته أو البله. وهناك مظاهر أخرى لفقدان القوى العقـلية اصطلح على تسميتها بأسماء معينة، ولكنها جميعا تقوم على أساس واحد هو انعـدام الإدراك فى الإنسـان. وحكم هذه الحالات جميعا واحد على تعدد مظاهرها واخـتلاف مسـمياتها، وهو أن المسئولية الجنائية تنعدم كلما انعدم الإدراك، فإذا لم ينعدم فالمسئولية قائمة ...

٤١٢ـ *تعريف الجنون* : ونستطيع بعد ماسبق أن نعرف الجنون، بأنه زوال العقل أو اختلاله أو ضعفه، وهو تعريف يشمل الجنون والعته وغير ذلك من الحالات المرضية والنفسية التى تؤدى لانعدام الإدراك. وسنبين فيما يلى حالات الجنون وما يلحق بها.

<عوده> ٤١٣ـ **الجـنـون المُطـبـق** : الجنون المطبق هو الذى لا يعقل صاحبه شيئا أو هو الجـــنون الكلى المستمر، ويستوى أن يكون عارضا للإنسان أو أن يكون مصاحبا له مـــن يوم ولادته. ويسمى بالجنون المطبق إما لأنه يستوعب كل أوقات المجنون، وإما لكونـــه جنونا كليا لا يفقه صاحبه شيئا. ويعبر بعض الفقهاء عن المجنون جنونا مطبقا بالمجـــنون المغلوب، ولكن البعض يرى أن المجنون المغلوب هو من كان جنونه مستمرا سواء كان جنونه كليا بحيث لا يعقل شيئا ما، أو كان جنونه جزئيا بحيث يعقل بعض الأشياء دون البعض الآخر...

٤١٤ـ **الجـنـون المـتـقـطـع** : هو الذى لايعقل صاحبه شيئا، ولكنه جنون غير مستمر فهو يصيب الشخص تارة ويرتفع عنه أخرى، فإذا أصابه فقد عقله تماما، وإذا ارتفع عنه عاد إليه عقله، فهو نفس الجنون المطبق لا يفترق عنه إلا فى الاستمرار. فالجنون المتقطع يفقد صاحبه الإدراك فى حالة وجوده، فلا يكون مسئولا جنائيا، فإذا انقشع عنه عاد الإدراك وصار مسئولا جنائيا عما يرتكبه من جرائم فى حالة إفاقته، بعكس المجنون جنونا مطبقا، فإنه لايسأل جنائيا؛ لأن جنونه تام ومستمر

وإذا أفـــاق صاحب الجنون المتقطع إفاقة جزئية، بمعنى أنه لا يدرك إدراكا تاما فى حالـــة أو فى حالات معينة، ولكنه يدرك إدراكا تاما فيما عدا ذلك، فحكمه فى حالة الإفاقة الجزئية حكم صاحب الجنون الجزئى...

وإذا أفاق صاحب الجنون المتقطع ولكنه كان فى إفاقته ضعيف الإدراك بصفة عامة فحكمه فى هذه الحالة حكم المعتوه ...

٤١٥ـ **الجنون الجـزئى** : إذا لم يكن الجنون كليا وكان قاصرا على ناحية أو أكثر من تفكـــير المجـــنون بحيث يفقده الإدراك فى هذه الناحية أو هذه النواحى فقط مع بقائه متمتعا بالإدراك فى غيرها من النواحي، فهذا هو الجنون الجزئى ...

والمجـــنون جزئيا مسئول جنائيا فيما يدركه، وغير مسئول فى النواحى التى ينعدم فيها إدراكه ...

وقد يكون الجنون الجزئى متقطعا ينتاب المريض حينا ويرتفع عنه حينا آخر، فإذا ارتفع الجنون صار المريض مسئولا جنائيا عما يرتكبه من جرائم فى حالة إفاقته، وقد يكون الجنون الجزئى مستمرا ويسمى البعض المجنون فى هذه الحالة بالمجنون المغلوب؛ لأنهم يرون أن المجنون المغلوب هو من كان جنونه مستمرا سواء كان كليا أو جزئيا، والتســـمية على كل حال لا أهمية لها؛ لأن العبرة فى انعدام المسئولية بفقد الإدراك لا بالتسمية، فالمجنون غير مسئول كلما انعدم إدراكه ...

❁ 411 – 415 – الجنون درجات تؤثر كل منها على المسئولية بقدر أثرها على العقل :

أســـاس البحث فى تأثير الجنون على المسئولية الجنائية هو أن شرط المسئولية أن يكــون الشـــخص عاقلا؛ لأن غير المتمتع بقواه العقلية لا يكون مكلفا، ومن يكون ناقص القدرة العقلية تكون مسئوليته محدودة وناقصة بقدر نقص قواه العقلية.

وعـــلى ذلك فإن الجنون ليس حالة واحدة، بل له عدة أحوال يختلف مدى أثرها عـــلى المسئولية بقدر أثرها على العقل والإرادة. ولذلك فإن ما يسمى بفقد القوى العقلية له أنواع وأسماء متعددة تختلف حسب مدى تأثيرها على ملكة العقل والتفكير السليم.

* * *

تكون المسئولية منعدمة تماما فى أشد حالات فقد العقل والإرادة بسبب ما يسمى بالجنون الكلى أو المطبق أو المستمر.

لكن يوجد إلى جانب ذلك حالات يكون المرء فيها فاقد العقل تماما فترة ثم يفيق بعدها، وتكون إفاقته كاملة، وفى هذه الحالة تمتنع مسئوليته فقط فى الفترة التى يكون فيها فاقد العقل. وفقد العقل له درجات: فهناك حالات يكون كاملا، وهناك حالات يكون فقد العقل فيها جزئيا وليس تاما.

فى الحـــالات التى يكون فيها الشخص فى حالة جنون، لكنه جنون جزئى، تكون مســـئوليته جزئية كذلك أى أنه يعفى من المسئولية عن الأفعال التى تدخل فى نطاق جنونه الجزئى أو بالأصح يقرر له التدبير الذى يناسب حالته وليس من الضرورى أن يكون عقوبة جنائية.

وعلى العموم فإن الطب هو الذى يفصل فى مقدار القوة العقلية – وليس القرار ســـهلا دائما – لكن هنا نكتفى بالمبدإ، فكما أن الضرورة تقدر بقدرها، فإن الجنون كذلـــك يكون أثره بمقداره من حيث الوقت ومن حيث مداه فى التأثير على القدرة العقلية أو سلامة الفكر.

<عوده> ٤١٦ـ *العته* : يعرف الفقهاء المعتوه بأنه : من كان قليل الفهم، مختلط الكلام، فاسد التدبير سواء كان ذلك ناشئا من أصل الخلقة أو لمرض طرأ عليه، ويفهم من هذا التعريف أن العته أقل درجات الجنون، ويمكن القول بأن الجنون يؤدى إلى زوال العقل أو اختلاله، أما العته فيؤدى إلى إضعافه ضعفا تتفاوت درجاته، ولكن إدراك المعتوه أيا كان لا يصل إلى درجة الإدراك فى الراشدين العاديين ...

وأكثر الفقهاء يسلمون بأن العته نوع من الجنون، وبأن درجات الإدراك تتفاوت فى المعتوهين، ولكنها لا تخرج عن حالة الصبى المميز، ولكن بعض الفقهاء يرون أن بعض المعتوهين يكونون من حيث الإدراك كالصبى غير المميز وبعضهم كالصبى المميز، وأصحاب هذا الرأى لا يجعلون فرقا بين الجنون والعته إذا كان المعتوه فى أقل درجات التمييز، ولذلك فرقوا بين الجنون والعته بأن الأول يصحبه اضطراب وهيجان، والثانى يلازمه الهدوء ولكن حقيقتهما واحدة ...

وسواء صح هذا الرأى أو ذاك فهى مسميات لحقائق واقعة ومعبرة بالواقع لا بالمسمى؛ لأن فاقد الإدراك معفى من العقاب سواء سمى معتوها أو مجنونا أو كان له اسم آخر ...

٤١٧ـ *الصرع والهيستريا وما أشبه* : هناك حالات عصبية تظهر على المرضى بها فيفقدون شعورهم أو اختيارهم كما يفقدون إدراكهم ويأتون بحركات وأعمال وأقوال لا يعونها ولا يدركون حقيقتها، وهذه الحالات المرضية لم يتعرض لها فقهاء الشريعة بصفة خاصة، ولعل السر فى ذلك أن العلوم النفسية والطبية لم تكن وصلت إلى ما هى عليه اليوم من التقدم، لكن هذه الحالات على اختلافها يمكن استظهار حكمها بسهولة إذا طبقنا عليها قواعد الشريعة العامة.

والمصاب بالصرع تأخذه حركات تشنجية بعد أن يفقد الإدراك والاختيار، وقد يرتكب وهو فى هذه الحالة أعمالا إجرامية دون أن يشعر بما حدث منه بعد إفاقته ...

والمصاب بالهستيريا تنتابه حركات تشنجية، فإذا عاودته راح يهذى دون وعي. والمريض بالملاخوليا يتصور الأمور على غير حقيقتها ويدعوه هذا التصور المغاير للواقع إلى إتيان أمور لا مبرر لها ...

﴿عوده﴾ وهؤلاء المرضى وأمثالهم حكمهم حكم المجنون إذا كانوا وقت ارتكاب الحادث فاقدى الإدراك أو كان إدراكهم ضعيفا فى درجة إدراك المعتوه، ويأخذ هؤلاء المرضى حكم المكره إذا كانوا متمتعين بالإدراك، ولكنهم فاقدو الاختيار، فإن لم يفقدوا إدراكهم ولا اختيارهم فهم مسئولون جنائيا عن أعمالهم ...

٤١٨ ـ *تسلط الأفكار الخبيثة* : ويلحق بالجنون ما يسمونه فى عصرنا الحاضر تسلط الأفكار الخبيثة وهى حالة مرضية تنشأ عن ضعف الأعصاب أو الوراثة، ومظهرها وقوع الإنسان تحت سلطان فكرة معينة، والشعور القوى الذى لا يدفع بالرغبة فى إتيان فعل معين استجابة للفكرة المتسلطة، كمن يعتقد أنه مضطهد، أو أن أناسا يريدون قتله أو تسميمه، فيشعر بالرغبة الجامحة فى قتل من يتوهم أنه يريد قتله أو الانتقام منه، وقد يأتى المريض الفعل استجابة لميل غريزى جامح لا تحت تأثير فكرة متسلطة عليه ...

وحكم المرضى من هذا النوع إلحاقهم بالمجانين إذا كانوا يأتون الفعل وهم فاقدو الإدراك أو كان إدراكهم من الضعف بحيث يساوى إدارك المعتوه، فإن لم يكونوا كذلك فهم مسئولون جنائيا ...

٤١٩ ـ *ازدواج الشخصية* : هى حالة مرضية نادرة تصيب الإنسان فيظهر فى بعض الأحيان بغير مظهره العادي، وتتغير أفكاره ومشاعره وقد تتغير ملامحه، ويأتى أعمالا ما كان يأتيها وهو فى حالته العادية، ثم تزول الحالة الطارئة فلا يذكر شيئا مما حدث له بعد أن يعود إلى حالته الطبيعية ...

وحكم هذه الحالة أنه يُعَدّ مجنونا إذا لم يدرك ما يفعل؛ لأنه كان فاقدا عقله وقت ارتكاب الفعل ...

❁ 416 – 419 العته وغيره من الأمراض، التى تؤثر على العقل والإرادة:

يقصد بالعته نوع من الجنون يكون المرء فيه ضعيف الإرادة والإدراك وتطبق عليه القاعدة التى أشرنا إليها وهى أن المسئولية تكون على قدر ما لديه من عقل وإدراك.

وقد تنوعت الأمراض التى تؤثر على العقل والإرادة وتعددت صورها وذكر منها الصرع والهستيرية. والقاعدة الأساسية هى ما أشرنا إليه بأن المسئولية تكون محدودة بحدود العقل والإدراك ومداه، وأن الخبراء والإخصائيين هم الذين يقدرون ذلك .

* * *

لا يهمـــنا أسمـــاء الأمراض وكل ما يهمنا هو مدى تأثيرها على الإرادة والعقل. والمبدأ العام هو أن المسئولية تكون فى حدود ما لدى الشخص من الإرادة والعقل ولا تتجاوزه لا من حيث الزمان ولا من حيث مدى تأثيرها على عقل المرء وإرادته.

وهـــذا المبدأ يطبق على ما يسمى الصرع أو الهيستيرية أو غيرها، ويطبق كذلك عـــلى الأمـــراض والحـــالات التى وصفها بتسلط الأفكار الخبيثة (وعبر عنها بالعقد النفسية) أو ازدواج الشخصية، وكما قدمنا فالأطباء هم الذين يحكمون على مقدار أثر المرض على العقل والإرادة .

(عوده) ٤٢٠ـ *ضعف التمييز*: هناك أشخاص يرتفع إدراكهم عن إدراك المجنون والمعتوه ولكنه ينقص عن إدراك الإنسان الكامل، وهم على ضعف إدراكهم سريعو الاندفاع، ولكنهم حين يأتون الجريمة يأتونها وهم مميزون مدركون لأفعالهم، وهذا الإدراك الناقص نوعا لا يعفى من العقاب طبقا لقواعد الشريعة العامة، وهو كذلك لا يعفى من العقاب فى القوانين الوضعية. ويرى بعض الشراح تخفيف العقوبة بعَدِّ الفاعل معذورا، ولكن البعض الآخر يرى تشديد العقوبة؛ لأن العقوبة الشديدة هى التى تردع أمثال هؤلاء وتصرفهم عن ارتكاب الجرائم. ولا تسمح قواعد الشريعة بالأخذ بفكرة التخفيف إلا فى جرائم التعازير، أما جرائم الحدود والقصاص فلا يصح فيها تخفيف العقوبة ولا استبدال غيرها بها لخطورة هذه الجرائم واتصالها الشديد بحياة الأشخاص وأمن الجماعة ونظامها.

٤٢١ـ *الصم البكم* : الصم البكم مسئولون جنائيا عن جرائمهم كلما كانوا متمتعين بالإدراك والاختيار وقت ارتكابها، فإذا أثرت حالتهم على إدراكهم بحيث يمكن عَدُّهم مجانين أو معتوهين فلا مسئولية عليهم .

ويرى أبو حنيفة وأصحابه درء الحدود عن الصم والبكم والاكتفاء بتعزيرهم ولو أقروا بالجريمة؛ لأن الصمم والبكم شبهة؛ ولأن إقرارهم يقوم على الإشارة، وقد يقصد بالإشارة غير المعنى الذى فهم منها؛ ولأن الأصم الأبكم لو استطاع أن ينطق لدفع التهمة أو جرح الشهود .

ويخالف مالك والشافعى وأحمد رأى أبى حنيفة، ويأخذون بإقرار الأبكم ما لم يكن فى الإشارة شبهة ولا يرون درء الحد عنه للصمم والبكم.

٤٢٢ـ *الحركة النومية* : يأتى بعض الناس أفعالا وهو نائم دون أن يشعر ويغلب أن تكون الحركات التى يأتى بها النائم ترديدا للحركات التى اعتاد أن يأتيها فى اليقظة، ولكن يحدث أن يأتى بحركات مخالفة لا علاقة لها بالحركات التى يأتيها وهو متيقظ .

ويعللون حركة النائم من الناحية العلمية بأن ملكات الإنسان جميعا لا تتأثر بنومه، بل يهجع بعضها ويظل البعض متنبها بدرجات مختلفة، ويحدث عند من تنتابهم هذه الحالة أن تنتبه فيهم بعض الملكات بدرجة غير عادية فتؤدى وظائفها العادية دون أن يشعر النائم بذلك، فيتحرك أو يكتب أو يأتى أعمالا أخرى، ثم تزول حالة التنبه الطارئة فيعود النائم إلى حالته الطبيعية ولا يشعر بعد اليقظة بما حدث منه أثناء النوم...

<عوده> والقـــاعدة العامة فى الشريعة أن لا عقاب على النائم لقول النبى ﷺ : "رفع القلم عن ثلاثة : عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصغير حتى يبلغ، وعن المجنون حتى يفيـــق". وإذا كـــان الحديث قد جمع بين حالة النوم وحالة الجنون وجعل حكمهما واحدا، فإن الفقهاء يلحقون حالة النوم بالإكراه ولا يلحقونها بالجنون، ولعل الحكمة فى هذا هى أن النائم المتيقظ يتمتع بالإدراك، وإنما يفقد فقط الاختيار، فهو يعمل ما يعمل دون أن يقصد عمله، وهو وقت العمل لا يفقد إدراكه بدليل أنه لا يأتى أعماله اعتباطا ويميز بين الضار والنافع، ولا يأتى أعمالا تضر به ...

وشـــراح القانون الوضعى يتكلمون عن هذه الحالة إذا تكلموا عن الجنون على أساس أن النائم يكون فاقد الإدراك والاختيار معا، وأن ميوله هى التى تحرك عضلاته دون أن يرى ما يفعل ببصره أو بعقله...

ويـــلوح لى أن إلحـــاق هذه الحالة بالإكراه أقرب للمنطق من إلحاقها بالجنون حتى لوصـــح أن الـــنائم يفقد إدراكه أيضا؛ لأن المكره مع تمتعه بالإدراك والإرادة لا يعمل بعقلـــه ولا بإرادته، وإنما يعمل مدفوعا بإرادة غيره وعقل غيره، وقد تحركه قوة مادية خارجيـــة فـــلا يغنى عنه عقله ولا إرادته شيئا. والنائم المتيقظ أشبه شىء بالمكره فهو متمتع بالإدراك والاختيار، ولكنهما لا يغنياه شيئا وقت الحركة النومية ...

وليـــس ثمة فرق عملى بين الشريعة والقوانين الوضعية فى هذه المسألة بالرغم مما ذكـــرنا؛ لأن الإكـــراه فى الشـــريعة يرفع العقوبة وكذلك الجنون، وحكم الإكراه والجـــنون فى القوانين الوضعية أنهما يرفعان أيضا العقوبة، فسواء عَدَدْنا النائم مكرها أو مجنونا فهو غير معاقب على ما يأتيه من جرائم فى أثناء نومه ...

٤٢٣ـ *التنويم المغناطيسى* : هو حالة من حالات النوم الصناعى يقع فيها شخص بـــتأثير آخـــر بحيث يصبح النائم تحت تأثير المنوم يفعل كل ما يأمره بفعله سواء وقت الـــنوم أو بعد اليقظة، وينفذ النائم عادة هذه الأوامر بشكل آلى فلا يشعر بما فعل تلبية للأمـــر الصادر إليه إذا أتى الفعل فى أثناء النوم، ولا يستطيع مقاومة إيحاء الآمر إذا أتى الفعل بعد اليقظة، ولم يعرف بعد بصفة قاطعة الكيفية التى يسيطر بها المنوم على النائم، وإن كان بعض الأطباء يرى أن النائم يستطيع أن يقاوم الإيحاء الإجرامى ...

وإذا طبقنا قواعد الشريعة على هذه الحالة وجب أن نلحقها بحالة النوم الطبيعي، ومن ثم يكون النائم مكرها ويرتفع عنه العقاب للإكراه إذا ارتكب جريمة من الجرائم

<عوده> التى يرفع فيها الإكراه العقاب، والواقع أنه يصعب إلحاق التنويم المغناطيسى بالجنون؛ لأن النوم الصناعى الذى يقع فيه النائم لايسلبه الإدراك، وإنما يسلبه فقط الاختيار...

وآراء أغلب شراح القوانين تتفق مع الشريعة فى عَدِّ التنويم المغناطيسى إكراها وإن كانوا يتكلمون عنه عادة بمناسبة الكلام على الجنون ...

هذا هو حكم التنويم المغناطيسى إذا كان النائم قد نام مرغما أو قبل أن ينام وهو لا يفكر فى ارتكاب الجريمة. أما إذا كان النائم يعلم أن المنوم يقصد من تنويمه أن يوحى إليه بارتكاب جريمة أو يشجعه على ارتكابها ثم قبل أن ينام، فإن النائم فى هذه الحالة يُعَدُّ متعمدا ارتكاب الجريمة، وما كان التنويم إلا وسيلة من الوسائل التى تساعده على ارتكابها، فهو مسئول عن فعله طبقا لقواعد المسئولية العامة، وفى هذا تتفق الشريعة الإسلامية مع القوانين الوضعية تمام الاتفاق ...

ليس ضعف التمييز مرضا بل حالة توقف نمو العقل عند حد أقل من المستوى العادى، وهنا يطبق المبدأ العام وهو المسئولية على قدر ما لدى الشخص من عقل وإرادة.

يؤسفنا أنه يكرر قوله بأن الحدود والقصاص لا أثر فيهما للظروف المخففة، وهذا تجاهل تام لمبدإ درء الحدود (والقصاص) بالشبهات. فلا شك في نظرنا فى أن نقص الإدراك قد يكون مجرد شبهة تستوجب استبعاد العقوبات المقدرة، وهذا يُعَدّ تخفيفا لأنه يستبعد عقوبة قصوى وقد يستبدل بها التعزير وبذلك يرجع للأصل وهو التعزير بدلا من الحد أو القصاص إذا لم تنعدم مسئوليته تماما.

وهو يقرر بأن التعزير تراعى فيه جميع الظروف عند اختيار التدبير الذى يصلح لكل متهم، ويمكن أن يصل كما قلنا إلى تدابير الوقاية والإصلاح والعلاج فى مستشفيات متخصصة الذى هو أشد من السجن لكنه ليس سجنا ولا عقوبة ... ولا جزاء بل هو علاج وإصلاح.

* * *

ونحن نؤيد رأى الأمام / أبي حنيفة – فى أن حالة الأصم الأبكم توجد شبهة تمنع تطبيق الحدود والقصاص، لكن تبقى التعازير، وفيها متسع لتقدير ما يمكن اتخاذه من تدابير تلائم كل حالة كما قدمنا. فقد يكون العلاج أفضل من العقاب.

* * *

ولا نوافق على استعماله عبارة "رفع العقوبة"، ويقصد بها عدم المسئولية؛ وهو يذكر حالة النوم وهو فى نظرنا سبب مستقل لعدم المسئولية دون حاجة لإلحاقه بالإكراه أو الجنون – لأن النائم فاقد الوعى والإدراك – لكن الحال يختلف بالنسبة للتنويم المغناطيسى لأنه ينتج عن فعل شخص آخر هو المنوِّم – ولذلك فإنه نوع من الإكراه فى نظرنا ويسرى عليه أحكامه.

وفى حالة ما إذا كان المنوم مغناطيسيا قد قصد ارتكاب الجريمة قبل نومه، وكان يعلم أن المنوم سيأمره بارتكابها وهو نائم وقبل ذلك فعلا – فإنه يكون فى نظره مسئولا مسئولية كاملة عن الجريمة – ويبقى المنوم الذى أمره بارتكابها مسئولا بصفته فاعلا أصليا كذلك كما هو الشأن بالنسبة لحالة الشريك بالتحريض الذى يُعَدُّ فاعلا أصليا فى الجريمة إذا كان قد استغل انعدام إرادة الفاعل وموافقته وأمره بارتكابها، فكلاهما يكون فاعلا أصليا فى نظرنا .

‹عوده› ٤٢٤ ـ *هياج العواطف* : إذا كان الإنسان متمتعا بالإدراك والاختيار، ثم ارتكب جريمة، فهو مسئول عنها جنائيا ولو كان قد ارتكب الجريمة تحت تأثير عاطفة قوية، ويستوى أن تكون العاطفة شريفة أو دنيئة. فمن دفعه حب الانتقام أو شدة الكراهية لقتل شخص فهو مسئول أيضا عن قتله، فالعواطف القوية مهما بلغت قوتها لا أثر لها على المسئولية الجنائية، وإنما قد يكون لها فى الشريعة أثر فى العقوبة إذا كانت العقوبة تعزيرا، أما إذا كانت حدا فلا أثر للعاطفة على المسئولية ولا على العقوبة ...

والغضب الشديد أو الاستفزاز لا تَعُدُّه الشريعة مسوِّغا لارتكاب الجريمة ولا مانعا من المسئولية الجنائية، وإنما قد يكون لهما أثر على العقوبة إذا كانت تعزيرا، فإن كانت العقوبة حدا فلا أثر للغضب أو الاستفزاز عليها ...

ولكن الخوف الشديد من الاعتداء قد يرفع المسئولية الجنائية إذا كان الإنسان فى حالة دفاع شرعى أو حالة إكراه ...

ويرى بعض الفقهاء إعفاء قاتل الزانى غير المحصن من العقوبة إذا قتله فى حالة التلبس على أساس أنه كان فى حالة استفزاز وهيج، ولكن الرأى الراجح أن علة القتل هى تغيير المنكر وأن من يغير المنكر يؤدى واجبا عليه فالفعل مباح له[1]...

هذا هو أثر العواطف القوية على المسئولية الجنائية فى الشريعة الإسلامية. والقاعدة العامة فى القوانين الوضعية أن العواطف مهما بلغت من القوة لا أثر لها على المسئولية الجنائية، ولكنها قد تصلح عذرا لتخفيف العقوبة إذا رأى القاضى ذلك، على أن بعض القوانين تجعل حالة الاستفزاز عذرا قانونيا كالقانون الفرنسي، فإنه يجعل الاستفزاز عذرا قانونيا فى جرائم القتل والضرب، وكالقانون المصرى يجعل التلبس بالزنا عذرا للزوج الذى يقتل زوجته ومن يزنى بها ...

---

(١) تبصرة الحكام ج/٢ ص/١٦٩، البحر الرائق ج/٥ ص/٤٠ : ٤١، المغنى ج/١٠ ص/٣٥٣ وما بعدها...

424 – الانفعال أو هياج العواطف الناتج عن الغضب والاستفزاز :

هناك حالات تفقد الشخص سيطرته على إرادته وتصرفاته وإن كانت لاتصل إلى حـد تعطيل الإدراك أو الاختيار أو العقل – لكنها قد تُعَدُّ ظرفا شخصيا يُراعى عند تقدير الجزاءات التعزيرية.

أمـا الحدود والقصاص، فإننا نعتقد أن مثل هذه الحالات لا تصل إلى عَدِّها شبهة تسـقط العقوبـات المقـدرة إلا إذا ثبت طبيا أن الشخص فقد التحكم فى إرادته وتصرفاته، وأنه لذلك لا يمكن أن يكون مسئولا مسئولية كاملة كشخص عادى، أى أن إرادتـه ناقصـة. وهنا نعتقد أن ذلك يكون شبهة تسقط الحد والقصاص ولكن يجازى بالتعزير الذى يتناسب مع مقدار ما لديه من إرادة ناقصة.

ووجـود نـص فى القانون الوضعى يَعُدُّ الاعتداء الواقع من الزوج على الزوجة وعـلى من يجده متلبسا بالزنا معها، هو من هذا النوع – ونرى أن يكتفى القاضى بالـتعزير لأن هناك شبهة تمنع تطبيق عقوبة القصاص وهى ارتكاب المجنى عليه جريمة الزنا التى كانت السبب فى استفزاز الزوج ودفعته إلى الاعتداء عليه. ولكن لا نوافق عـلى القول بأن الاعتداء عليه ليس جريمة؛ لأننا لا نَعُدُّ الإهدار كاملا لمن يستحق الحـد بسبب تلبسه بجريمة زنا المحصن إلا للقضاء الذى له وحده أن يحكم بالحد بعد ثـبوت جريمة الزنا إذا رُفعت له الدعوى. وإذا كان فقيهنا قد قال إنما حالة إهدار، فمعنى ذلك أنه لا يكون للشخص الذى يستحق عقوبة حدية عن الزنا أن يطالب هو أو ولى دمـه بالقصاص ممن قتله أو اعتدى عليه، ولكنا نرى أنه يستحق التعزير عما يرتكبه من اعتداء.

عوده ٤٢٥ـ حكم الجنون : يختلف حكم "الجنون" بحسب ما إذا كان معاصرا للجريمة أو لاحقا لها ...

٤٢٦ـ حكم الجنون المعاصر للجريمة : يترتب على الجنون المعاصر للجريمة رفع العقوبة عن الجانى لانعدام الإدراك فيه، فالجنون لا يبيح الفعل المحرم، وإنما يرفع عقوبته عن الفاعل. وهذا الحكم متفق عليه بين فقهاء الشريعة، ولا تختلف الشريعة فى هذا عن القوانين الوضعية الحديثة، فكلها على أن الجنون يمنع عقوبة الفاعل ولكنه لا يبيح الفعل. ونص القانون المصرى صريح فى هذا، فهو يقضى بأن لا عقاب على من يكون فاقد الشعور أو الاختيار فى عمله وقت ارتكاب الفعل إما لجنون أو عاهة فى العقل[1].

مسئولية المجنون المدنية : وإعفاء المجنون ومن فى حكمه من العقوبة الجنائية لا يعفيه من المسئولية المدنية عن فعله؛ لأن الأموال والدماء معصومة، ولأن الأعذار الشرعية لا تبيح عصمة المحل. فإذا كان الجانى له من الأعذار ما يمنع عنه العقوبة فإن هذه الأعذار لا تؤثر على حق الغير فى تعويض الأضرار التى سببها له الجانى بفعله؛ لأن الفعل يظل محرما على الفاعل. وإذا كان الجنون لا يجعل الجانى أهلا للعقوبة فإنه لا ينفى عن الجانى أهليته لتملك الأموال والتصرف فيها، وما دامت هذه الأهلية متوافرة فيه فقد وجب أن يتحمل المسئولية المدنية وهى مسئولية مالية ...

مدى مسئولية المجنون المدنية : من المتفق عليه بين الفقهاء أن المجنون ضامن لأفعاله، أى مسئول عنها مدنيا، فهو ملزم بتعويض ما ينشأ عن جريمته من ضرر تعويضا كاملا ما دام الضرر ناشئا عن عمله. ومع تسليم الفقهاء بهذه القاعدة العامة فإنهم اختلفوا فى مدى مسئولية المجنون المدنية فى جرائم القتل والجرح، وأساس اختلافهم فى هذه المسألة هو اختلافهم فى تكييف جرائم المجنون. فمالك وأبو حنيفة وأحمد يرون أن عمد المجنون خطأ؛ لأنه لا يمكن أن يقصد الفعل قصدا صحيحا، وإذا لم يكن فعله مقصودا فهو ليس عمدا وإنما خطأ[2] ...

وللاختلاف على تكييف فعل المجنون أثره على التعويض الذى يلزم به المجنون؛ لأن الدية فى جرائم العمد مغلظة ويحملها العامد فى ماله الخاص، ولكن الدية فى جرائم الخطإ مخففة وتحملها العاقلة مع الجانى أو عنه، ولما كان التعويض فى جرائم القتل والجرح

---

(١) المادة (٦٢) من قانون العقوبات...

(٢) مواهب الجليل ج/٦ ص/٢٤٢، بدائع الصنائع ج/٧ ص/٢٣٦، المغنى ج/٩ ص/٣٧٥...

﴿عوده﴾ مقـــدرا بالديـــة فإنه يأخذ حكمها، ولذلك جعل الشافعى التعويض فى مال المجنون لما عَدَّه عامدا؛ لأن المتعمد يحمل الدية فى ماله ...

أما بقية الأئمة فجعلوا التعويض على المجنون وعاقلته؛ لأنهم عَدُّوه مخطئا لا عامدا ولـــو جعلوا التعويض كله فى ماله مع عَدِّه مخطئا لكان مركز المجنون فى جرائم القتل والجرح أسوأ من مركز العاقل المخطئ؛ لأن العاقل المخطئ لا يلزم إلا بالدية تحملها معه العاقلة ...

٤٢٧ *مقارنة بين الشريعة والقانون*: يختلف القانون المصرى والقانون الفرنسى عـــن الشـــريعة فى هذه المسألة، فكلاهما لا يجعل المجنون مسئولا مدنيا عن جرائمه، ولكنه يحمل المسئولية الشخص المكلف بملاحظة المجنون باعتبار أنه أهمل فى ملاحظته، ويعلـــلون عدم مسئولية المجنون مدنيا بأنه فاقد الشعور والاختيار وأن كل مسئولية تقتضـــى وجود خطإ ولا خطأ إذا لم تكن هناك إرادة، وليس للمسئول عن ملاحظة المجنون أن يرجع على المجنون بما سببه له من المسئولية بفعله، ولو أن القاعدة العامة أن المسئول عن غيره له أن يرجع على هذا الغير[1] ويعللون هذا الحكم بأن الخطأ خطأ المســـئول عـــن ملاحظة المجنون؛ لأنه مكلف بملاحظته والإشراف عليه وحمايته من أعماله الضارة وهو تعليل فيه شيء من التعسف ...

ونصـــوص القانون المصرى والفرنسى فى المسئولية المدنية تقوم على النظرية التقليدية نظرية "الخطأ" (La faute) ولكن هناك نظرية أخرى حديثة هى نظرية " الخطر " : (La theorie du risque) تحـــاول أن تزحزح النظرية التقليدية عن مكانها، ومقتضى نظرية الخطر أن المجنون يسأل مدنيا عن تعويض الأضرار التى أحدثها من ماله الخاص. وقد طبق القـــانون الألمانى والقانون السويسرى نظرية الخطر، فالقانون الألمانى يلزم المجنون بتعويض مـــا أحدثـــه من ضرر فى حدود مقدرته على دفع التعويض، والقانون السويسرى يبيح للقاضـــى أن يحكم على غير المسئول جنائيا بتعويض الضرر الذى أحدثه تعويضا كليا أو جزئيا، بل إن القانونين الألمانى والسويسرى يذهبان إلى مسئولية المجنون جنائيا ومدنيا إذا كـــان الفعـــل الذى أتاه من الأفعال التى يعاقب فيها على الإهمال أو عدم التبصر، كأن يكـــون جـــنونه ناشئا عن عادات سيئة كتعاطى المسكرات أو ناشئا عن فساد الأخلاق،

---

(١) المسئولية الجنائية لمصطفى مرعى ص/ ١٥٣ ...

<عوده> وذلك لأنه يوجد فى هذه الحالة خطأ أصلى يصح أن ينسب إلى الفاعل ويكفى لتسويغ مسئوليته[1] ...

وظاهر مما سبق أن نظرية الخطر – وهى أحدث النظريات – تتجه اتجاه الشريعة فى مسئولية المجنون مدنيا، بل هى نفس نظرية الشريعة. وإذا كانت القوانين الوضعية لم تعرف نظرية الخطر إلا فى القرن العشرين فقد عرفتها الشريعة من ثلاثة عشر قرنا وأكثر ...

(١) الموسوعة الجنائية ج/٣ ص/٦٢٩ ...

425 - 427 – شريعتنا لا تربط الضمان المدنى بالمسئولية الجنائية :

أشرنا فيما سبق إلى أن المسئولية المدنية فى شريعتنا مستقلة عن المسئولية الجنائية، فالجنون لا يعفى من يتسبب فى الضرر من الالتزام بالضمان أو التعويض.

وإشارته إلى أن التعويض فى الجرائم الماسة بحياة الأشخاص وسلامة أبدانهم (جرائم القتل والجرح ...) مقدر بالدية يحتاج إلى توضيح، لأننا نعتقد أن الدية هى الحد الأدنى الواجب فى تلك الحالات، لكن يمكن أن يضاف لها تعويض بناء على المبدإ العام بأن "الضرر يُزال".

فى رأى بعض الأئمة أن المجنون يكون عمله خطأ دائما لاعمدا لأنه لا يجوز أن ينسب إليه العمد بسبب عدم قدرته العقلية. وهذا الرأى هو ما يرجحه أكثر الأئمة كما أشار لذلك. وعلى هذا الرأى تثور مشكلة بشأن التعويض الذى يلزم به المجنون إذا كان التعويض عن العمد يزيد مقداره عن التعويض عن الخطإ. وقد اختلف الفقهاء فى الجواب عن هذا السؤال، ورأينا أنه لا ينسب للمجنون خطأ ولا عمد والحق فى التعويض المدنى فى الشريعة مبنى على التبعة.

وقد بين ما تمتاز به شريعتنا من عدم التقيد بالنظرية الشخصية فى المسئولية المدنية لأن الضمان مبنى على ما يسمى الآن "تحمل التبعة" – وهى أحدث النظريات الأوربية فى المسئولية المدنية – وقد سبقت لها الشريعة قبل القوانين الأوربية بقرون عديدة – فى حين أن هناك قوانين أوربية ما زالت متخلفة عنها، ولذلك ترفض بعض القوانين الوضعية حتى الآن عَدَّ المجنون مسئولا مدنيا عن أفعاله وجرائمه –ويحاولون علاج ذلك بالقول بتحمل من يرعاه بالضمان بافتراض أنه قصر فى رعاية المجنون وحراسته ... وهذا افتراض لا يصح فى جميع الأحوال . والقول بذلك معناه أنه قد يبقى المصاب بالضرر دون تعويض ... حتى ولو كان مرتكب الفعل قادرا على دفع التعويض رغم جنونه. لذلك، فإن فقهنا لا يقر بهذا القول .

* * *

❁ – فى الفقه الإسلامي: بناء الضمان المدنى على أساس "تحمل التبعة":

إن اتجـاه الفقـه الإسلامى إلى بناء الضمان المدنى على أساس "تحمُّل التبعة" كان رائــدا لــلفقه العصرى الذى يتجه ت دريجيا نحو عدم التقيد بفكرة الخطإ التى كان يلــتزم بهـا فـيما مضى – وبناء على نظرية تحمُّل التبعة قرر فقهاؤنا التزام المجنون بالضـمان المـدنى رغم أنه لا يمكن أن ينسب له خطأ ولا عمد – لأن التعويض أو الضـمان المـدنى مبنىعلى اعتبارات التوازن المالى – فما دام الضرر قد وقع بفعل منسوب إلى شخص معين فإنه جدير بأن يتحمل نتيجته ويلتزم بتعويض الضرر، بدلا من أن يتحمله المضرور الذى لم يُنسب إليه شيء.

نحن نشاركه تقديرنا لسبق الفقه الإسلامى إلى هذا المبدإ الذى لم يتوصل له الفقه "العصـرى" إلا أخـيرا بعـد قرون طويلة من التجارب والنظريات التى تُعَدُّ حديثة وعصرية فى أوربا وإن كانت أصيلة فى فقهنا الذى سبق أوربا بشأنها قرونا طويلة .

<عوده> ٤٢٨ـ *حكم الجنون اللاحق للجريمة* : الجنون اللاحق للجريمة إما أن يحدث قبل الحكم أو بعده :

المجنون قبل الحكم : إذا حدث الجنون قبل الحكم فإنه لا يمنع المحاكمة ولايوقفها عند الشافعية والحنابلة، وحجتهم أن التكليف لا يشترط إلا وقت ارتكاب الجريمة، وليس فى رأيهم هذا ما يسىء إلى مركز المجنون؛ لأن محاكمة المجرمين فى الشريعة محوطة بضمانات قوية. ولعل أصحاب هذا الرأى كانوا متأثرين فى رأيهم بالمنطق والواقع أكثر من أى شىء آخر، فالمجرم قد ارتكب جريمته واستحق العقوبة عليها فإذا جن، فإن جنونه لا يمنع من محاكمته على جريمته ما دام هناك من الوسائل ما يوصل إلى الحقيقة؛ لأن أثر الجنون ينحصر فى إعجاز المتهم عن الدفاع عن نفسه، والقاعدة أن العجز عن الدفاع لا يوقف المحاكمة ولا يمنعها. فالأبكم ومن فقد النطق بعد ارتكاب الجريمة ومن لا يكاد يبين كل هؤلاء عاجزون عن الدفاع عن أنفسهم ولا يمنع عجزهم من محاكمتهم، فليس إذن ما يدعو لتمييز المجنون على هؤلاء وإيقاف محاكمته بحجة أنه عاجز عن الدفاع عن نفسه؛ لأنهم مثله من حيث عجزهم عن الدفاع ولم يقل أحد بإيقاف محاكمتهم أو امتناعها ...

أما المالكية والحنفية فيرون أن الجنون قبل الحكم يمنع المحاكمة ويوقفها حتى يزول الجنون، وأساس هذا الرأى أن شرط العقوبة التكليف، وأن هذا الشرط يجب توافره وقت المحاكمة وهذا يقتضى أن يكون الجانى مكلفا وقت المحاكمة فإن لم يكن كذلك امتنعت محاكمته ...

ويتفق القانون المصرى والقانون الفرنسى مع رأى المالكية والحنفية فى إيقاف محاكمة المجنون، ولكن القانونين يجعلان علة الإيقاف عجز المجنون عن الدفاع عن نفسه، وهذه العلة ظاهرة فى نص المادة(٢٤٧) من قانون تحقيق الجنايات المصرى حيث جاء بها: "إذا كان المتهم غير قادر على الدفاع عن نفسه بسبب عاهة فى عقله فلا يحاكم حتى يعود إليه من الرشد ما يكفى لدفاعه عن نفسه، وإذا اتضح عجزه عن الدفاع عن نفسه أمام المحكمة وجب إيقاف محاكمته على الوجه المتقدم" ...

وعلة إيقاف المحاكمة فى الشريعة عند القائلين بالإيقاف ليست عن عجز المجنون عن الدفاع، وإنما هى عدم استيفاء شرط العقاب. ولعل هذا التعليل أدق منطقا من تعليل الإيقاف بالعجز عن الدفاع؛ لأن القانون المصرى والقانون الفرنسى لا يوقفان

⟨عوده⟩ محاكمة الأخرس، ولا الأصم ولا الأبكم، ولا من فقد النطق بعد ارتكاب الجريمة مع أنهم عاجزون عن الدفاع عن أنفسهم تماما كالمجنون، فضلا عن أن حالاتهم أكثر طروءا فى العمل من حالة المجنون ...

الجنون الطارئ بعد الحكم : إذا جن الجانى بعد الحكم عليه، فيرى الشافعى وأحمد أن الجنون لا يوقف تنفيذ الحكم إلا إذا كانت الجريمة المحكوم فيها من جرائم الحدود، وكان دليل الإثبات الوحيد الذى بنى عليه الحكم هو الإقرار؛ لأن المحكوم عليه فى جرائم الحدود له أن يرجع عن إقراره إلى وقت تنفيذ العقوبة وبعد البدء فى التنفيذ، فإذا رجع فى إقراره أوقف التنفيذ لاحتمال أن يكون عدوله عن إقراره صحيحا. ولما كان الجنون يمنع المحكوم عليه من الرجوع فى إقراره وكان من حقه أن يرجع فى إقراره تعين إيقاف التنفيذ حتى يفيق المجنون .

أما إذا كان الحكم قائما على دليل آخر غير الإقرار، فلا يوقف الرجوع عن الإقرار تنفيذ الحكم. وأساس هذا الرأى أن العقوبة عن جريمة ارتكبها مجرم مسئول وقت ارتكابها، وأن العبرة فى الحكم بالعقوبة وتنفيذها إنما هى بحال المكلف وقت ارتكاب الجريمة لا قبل ذلك ولا بعده[1].

ويمكن تعليل هذا الرأى أيضا بأن العقوبة شرعت للتأديب والزجر، فإذا تعطل جانب التأديب بجنون المحكوم عليه؛ لأنه لا يشعر بالتأديب فلا ينبغى تعطيل جانب الزجر؛ لأن مصلحة الجماعة ظاهرة فى تنفيذ العقوبة لزجر الغير ...

وفى مذهب مالك يرون أن الجنون يوقف تنفيذ الحكم، ويظل الحكم موقوفا حتى يفيق المجنون، إلا إذا كانت العقوبة قصاصا فإنها على رأى البعض تسقط باليأس من إفاقة المجنون وتحل محلها الدية، ولكن البعض الآخر يرى فى حالة اليأس من إفاقة المجنون أن يسلم المجنون المحكوم عليه بالقصاص لأولياء الدم فإن شاءوا اقتصوا وإن شاءوا أخذوا الدية[2]...

ويرى أبو حنيفة إيقاف تنفيذ العقوبة على المجنون إلا إذا كان الجنون قد طرأ بعد تسليم المجنون للتنفيذ عليه؛ لأن هذا يُعَدُّ بدءا فى التنفيذ وإذا بدأ التنفيذ فلا يوقف

(١) تحفة المحتاج ج/٤ ص/١٩، المغنى ج/٩ ص/٣٧٧، الإقناع ج/٤ ص/٢٤٤ ...

(٢) مواهب الجليل ج/٦ ص/٢٣٢ ...

﴿عوده﴾ للجنون، وإذا كانت العقوبة قصاصا فجن الجانى بعد الحكم عليه وقبل تسليمه للتنفيذ عليه فإن القصاص ينقلب بالجنون دية استحسانا[1] ...

ويقوم القول بأن الجنون يوقف التنفيذ على أساسين أولهما : أن شرط العقوبة تكليف المعاقب أى صلاحيته لأن يكون مسئولا مسئولية جنائية، والعقوبة لا تكون إلا بالقضاء أى بالحكم بها، فوجب أن يتحقق شرط العقوبة وهو التكليف وقت المحاكمة والحكم. ثانيهما : أن الاستيفاء من تمام القضاء أى أن تنفيذ المحكوم به يُعَدُّ متمما للتقاضي، وإذا كان من شرط المحاكمة أن يكون الجانى مكلفا فيجب أن يكون كذلك وقت التنفيذ؛ لأن التنفيذ مكمل للمحاكمة، فإذا سلم الجانى للتنفيذ عليه فيُعَدُّ أن التنفيذ قد تم بهذا التسليم ...

والقانون المصرى والفرنسى يطبقان النظريتين الإسلاميتين معا، حيث تقضى نصوص القانونين بمنع تنفيذ العقوبة على من جن بعد صدور حكم نهائى عليه إذا كانت العقوبة هى الإعدام أو عقوبة مقيدة للحرية، أما العقوبات المالية فتنفذ على ماله، ولكنها لا تنفذ عليه بطريق الإكراه البدني، ومنع تنفيذ العقوبات البدنية تطبيق لنظرية مالك وأبى حنيفة، وإباحة تنفيذ العقوبات المالية تطبيق لنظرية الشافعى وأحمد ...

---

(١) حاشية بن عابدين ج/٥ ص/٤٧٠ ...

❁ 428 – أثر الجنون بعد الجريمة محصور فى الإجراءات :

موضوع البحث هو أثر الجنون الطارئ بعد ارتكاب الجريمة على إجراءات المحاكمة أوعلى تنفيذ الحكم إذا لم يطرأ إلا بعد صدوره.

الفـــرض فى هذه الحالة أن شخصا ارتكب الجريمة وهو كامل العقل والمسئولية – ويستحق المحاكمة والعقاب دون شك – لكنه أصيب بعاهة عقلية بعد وقوع الجريمة سواء كان ذلك بسببها أو لأمر لا علاقة له بالجريمة.

نحـــن نرجح الرأى الذى نسبه إلى المالكية والحنفية بتأجيل المحاكمة فى هذه الحالة لأن محاكمة المجنون جنائيا قد لا تتوافر فيها عوامل العدالة الكاملة بسبب عجزه عن الدفاع عن نفسه، وعلى ذلك فمن الأولى وقف المحاكمة الجنائية وتأجيلها حتى يصبح قـــادرا عـــلى الدفاع عن نفسه. ولا نوافق على قوله إن القاعدة هى أن العجز عن الدفـــاع لا يوقف المحاكمة ولا يمنعها.. ولا نوافق على قياس المجنون على الأبكم ولا الأصم ...

أما ما قاله فقهاؤنا من أن سبب وقف المحاكمة هو "عدم استيفاء شرط العقاب"، أى أنـــه فى حالة الحكم عليه فإنه لا يجوز تنفيذ العقوبة على مجنون، وعلى ذلك فلا فـــائدة مـــن استمرار المحاكمة للوصول إلى حكم لا يجوز تنفيذه، فإننا نرى أن هذا التعـــليل يكفى، ولكن لا يعنى استبعاد سبب آخر هو عدم القدرة على ممارسة حق الدفاع باعتباره ركنا ضروريا فى المحاكمة الشرعية العادلة.

أمـــا إذا طرأ الجنون بعد صدور الحكم بالإدانة والعقوبة، فإن رأى الحنفية أكثر اتفاقـــا فى نظـــرنا مع مبادئ المسئولية الجنائية، إذ لا معنى لتوقيع عقوبة جنائية على شـــخص لا يعـــرف لها معنى ولا يعى منها شيئا، وهنا تكون العلة هى ما سماه "عدم استيفاء شرط العقاب" لأنه قد استنفد حقه فى الدفاع أثناء المحاكمة وهو عاقل كامل الأهـــلية ولكـــن أوقـــف تنفيذ العقوبة المحكوم بها عليه لأن العقل والإدراك شرط للعقاب كما هو شرط للمسئولية والتكليف ...

الفرع الرابع
صغر السن

﴿عوده﴾ ٤٢٩ـ *تمهيد* : تُعَدُّ الشريعة الإسلامية أول شريعة فى العالم ميزت بين الصغار والكبار من حيث المسئولية الجنائية تمييزا كاملا، وأول شريعة وضعت لمسئولية الصغار قواعد لم تتطور ولم تتغير من يوم أن وضعت، ولكنها بالرغم من مضى ثلاثة عشر قرنا عليها تُعَدُّ أحدث القواعد التى تقوم عليها مسئولية الصغار فى عصرنا الحاضر ...

ولقد بدأت القوانين الوضعية تأخذ ببعض المبادئ التى وضعتها الشريعة لمسئولية الصغار بعد الثورة الفرنسية(*)، ثم أخذت تتطور باستمرار بتأثير تقدم العلوم الطبية والنفسية. ولكن القوانين الوضعية بالرغم من تطورها تطورا عظيما لم تأت بعد بجديد لم تعرفه الشريعة الإسلامية ...

ولا نستطيع أن نتصور مدى فضل الشريعة الإسلامية إلا إذا عرفنا ما كانت عليه حالة الصغار فى القوانين القديمة التى كانت تعاصر الشريعة عند نزولها. وأهم هذه القوانين القديمة هو القانون الرومانى أساس القوانين الأوربية الحديثة، فهذا القانون كان بحق أرقى القوانين الوضعية كافة، ولكنه لم يميز بين مسئولية الصغار والكبار إلا إلى حد محدود، فقد كان يميز بين الطفل فى سن السابعة وما بعدها ويجعل الصغير مسئولا جنائيا إذا زادت سنه عن سبع سنوات، ولا يجعله مسئولا إذا قلت سنه عن سبع سنوات إلا إذا كان قد ارتكب الجريمة بنية الإضرار بالغير، ففى هذه الحالة يكون مسئولا جنائيا عن عمله. وشتان بين هذا وبين ما جاءت به الشريعة الإسلامية.

٤٣٠ـ *الصغر والمسئولية الجنائية* : تقوم المسئولية الجنائية فى الشريعة الإسلامية كما بينا من قبل على عنصرين أساسين : هما الإدراك والاختيار، ولهذا تختلف أحكام الصغار باختلاف الأدوار التى يمر بها الإنسان من وقت ولادته إلى الوقت الذى يستكمل فيه ملكتى الإدراك والاختيار. والإنسان حين يولد يكون عاجزا بطبيعته عن الإدارك والاختيار، ثم تبدأ ملكتا الإدراك والاختيار فى التكوين شيئا فشيئا حتى يأتى على الإنسان وقت يستطيع فيه الإدراك إلى حد ما، ولكن إدراكه يكون ضعيفا وتظل ملكاته تنمو

(*) تراجع حاشيتنا على البند ٢٧٧ فيما سبق.

‹عوده› حتى يتكامل نموه العقلي. وعلى أساس هذا التدرج فى تكوين الإدراك وضعت قواعد المسئولية الجنائية. ففى الوقت الذى ينعدم فيه الإدراك تنعدم المسئولية الجنائية، وفى الوقت الذى يكون الإدراك فيه ضعيفا تكون المسئولية تأديبية لا جنائية، وفى الوقت الذى يتكامل فيه الإدراك يكون الإنسان مسئولا جنائيا .

ويتبين مما سبق أن المراحل التى يجتازها الإنسان من يوم ولادته حتى بلوغه سن الرشد ثلاث مراحل : الأولى : مرحلة انعدام الإدراك، ويسمى الإنسان فيها بالصبى غير المميز. الثانية : مرحلة الإدراك الضعيف، ويسمى الإنسان فيها بالصبى المميز. الثالثة : مرحلة الإدارك التام، ويسمى الإنسان فيها بالبالغ والراشد ...

٤٣١ـ *المرحلة الأولى* : انعدام الإدراك : تبدأ هذه المرحلة بولادة الصبى وتنتهى ببلوغه السابعة اتفاقا، وفى هذه المرحلة يُعَدُّ الإدراك منعدما فى الصبي، ويسمى بالصبى غير المميز. والواقع أن التمييز ليس له سن معينة يظهر فيها أو يتكامل بتمامها. فالتمييز قد يظهر فى الصبى قبل بلوغه السابعة، وقد يتأخر عنها تبعا لاختلاف الأشخاص واختلاف بيئاهم واستعدادهم الصحى والعقلي، ولكن الفقهاء حددوا مراحل التمييز أى الإدراك بالسنوات حتى يكون الحكم واحدا للجميع ناظرين فى ذلك إلى الحالة الغالبة فى الصغار. وقد كان هذا التحديد ضروريا لمنع اضطراب الأحكام، ولأن جعل التمييز مشروطا بسن معينة يمكن القاضى من أن يعرف بسهولة إن كان الشرط تحقق أم لا؛ لأن هذا الشرط وصف محسوس يسهل ضبطه والتعرف عليه

ويُعَدُّ الصبى غير مميز ما دام لم تبلغ سنه سبع سنوات، ولو كان أكثر تمييزا ممن بلغ هذه السن؛ لأن الحكم للغالب وليس للأفراد، وحكم الغالب أن التمييز يُعَدُّ منعدما قبل بلوغ سن السابعة. فإذا ارتكب الصغير أى جريمة قبل بلوغه السابعة فلا يعاقب عليها جنائيا ولا تأديبيا. فهو لا يحد إذا ارتكب جريمة توجب الحد، ولا يقتص منه إذا قتل غيره أو جرحه، ولا يعزر ...

ولكن إعفاءه من المسئولية الجنائية لا يعفيه من المسئولية المدنية عن كل جريمة يرتكبها. فهو مسئول فى ماله الخاص عن تعويض أى ضرر يصيب به غيره فى ماله أو نفسه، ولا يرفع عنه انعدام التمييز المسئولية المدنية كما يرفع المسئولية الجنائية؛ لأن القاعدة الأصيلة فى الشريعة الإسلامية أن الدماء والأموال معصومة أى غير مباحة، وأن الأعذار الشرعية لا تنافى هذه العصمة، أى أن الأعذار لا تهدر الضمان ولا تسقطه ولو أسقطت العقوبة ...

〈عوده〉 ٤٣٢ـ **المرحلة الثانية** : الإدراك الضعيف : تبدأ هذه المرحلة ببلوغ الصبى السابعة من عمره وتنتهى بالبلوغ. ويحدد عامة الفقهاء سن البلوغ بخمسة عشر عاما. فإذا بلغ الصبى هذه السن عُدَّ بالغا حكما ولو كان لم يبلغ فعلا ...

ويحدد أبو حنيفة شخصيا سن البلوغ بثمانية عشر عاما، وفى قول بتسعة عشر عاما للرجل وسبعة عشر عاما للمرأة. والرأى المشهور فى مذهب مالك يتفق مع رأى أبي حنيفة، إذ يحدد أصحابه سن البلوغ بثمانية عشر عاما، بل إن بعضهم يرى أن تكون تسعة عشر عاما ...

وفى هذه المرحلة لا يسأل الصبى المميز عن جرائمه مسئولية جنائية، فلا يحد إذا سرق أو زنا مثلا، ولا يقتص منه إذا قتل أو جرح، وإنما يسأل مسئولية تأديبية فيؤدب على ما يأتيه من الجرائم. والتأديب، وإن كان فى ذاته عقوبة على الجريمة، إلا أنه عقوبة تأديبية لاجنائية ويترتب على عَدِّ العقوبة تأديبا ألاَّ يُعَدَّ الصبى عائدا مهما تكرر تأديبه، وأن لا يوقع عليه من عقوبات التعزير إلا ما يُعَدُّ تأديبا كالتوبيخ والضرب ...

ويسأل الصبى المميز مدنيا عن أفعاله، ولو أنه لا يعاقب عليها بعقوبة جنائية للأسباب التى ذكرناها من قبل عند الكلام على الصبى غير المميز ...

۞ 429 -432 - تدرج المسئولية بقدر النمو العقلي للصغار :

المبدأ الأساسى الذى أشرنا إليه عند كلامنا عن أثر حالات الجنون ودرجاته المختلفة، حيث قلنا إن المسئولية تكون بقدر ما توافر لدى الجانى من قدرة عقلية أو وعى وإدراك، هو ذاته الذى يطبق فيما يتعلق بالصغار، لأن النمو التدريجى للملكات العقلية يستوجب أن تكون مسئولية الصغير فى كل مرحلة بقدر ما توصل إليه من نمو عقلى.

يضـــاف لذلـــك أنه فى داخل كل مرحلة فإن مبدأ التعزير يعطى للقاضى سلطة واسعة فى التقدير حتى يستطيع أن يقدر الجزاء بالمقدار الذى يتناسب مع الحالة العقلية للصغير الذى نسب إليه الفعل المعاقب عليه.

ونحن نشارك فقيهنا فى إشادته بما تميز به فقهنا من سبق إلى تطبيق مبدإ التدرج فى مســـئولية الصغار، وهو ما تحاول القوانين الوضعية والفقه العصرى الوصول إليه، أو تقنينه.

والمـــراحل الـــتى تمر بها مسئولية الصغار فى الأصل ثلاثة، يقرر الفقه فى كل منها قدرا من المسئولية يتناسب مع درجة النمو التى وصل إليها الصغير.

* * *

فى مرحلة الطفولة المبكرة لا يملك الطفل أى قدر من العقل يكفى لتقرير مسئوليته الجـــنائية – ولذلك فإنه يكون فى رعاية من يتولى الحضانة، ويكون من يتولون رعايته هم المسئولين عن توجيهه والإشراف عليه، أما هو فلا تقع عليه مسئولية جنائية.

وهـــنا أيضـــا سبق فقهنا النظريات الحديثة التى توصلت إلى التمييز بين المسئولية المدنية والجنائية. ولفقهائنا فضل السبق إلى ذلك حيث رجحوا مسئوليته عن الضمان المـــدنى والتزامه بتعويض الأضرار التى تسبب فيها برغم أنه لا توقع عليه عقوبة ولا يتحمل مسئولية جنائية.

* * *

– قضاء مستقل للأحداث يتولاه مربُّون أكْفاء:

فى سن معينة يكون لدى الصغير قدر كاف من الإدراك والعقل لمعرفة الخير والشر بين ما يجوز وما لا يجوز، لكنه لا يملك القدر الكافى للمسئولية الكاملة للإنسان الراشد؛ لذلك فإن مسئوليته الجنائية تكون ناقصة، ومحدودة، ويفرض عليه الجزاءات المناسبة بالقدر الكافى لحمايته وحماية المجتمع من خطره بإصلاح سلوكه ...

وبديهى أنه لا يمكن أن توقع عليه العقوبات البدنية المقدرة حدا أو قصاصا – وكل ما يمكن اتخاذه إزاءه هى التدابير التعزيرية، مع ملاحظة ما سبق أن أكدناه مرارا من أن مجال التعزير يتميز بالاتساع والمرونة بحيث لا ينحصر فى العقوبات دائما، بل يشمل تدابير تأديبية وتهذيبية وإصلاحية .. وهذا هو ما يفسح المجال أمام القاضى ليكون مربيا ومؤدبا أكثر منه معاقبا .

ولذلك يحسن أن يكون للأحداث قضاء مستقل يتولاه مربون أكفاء، ويفضل أن يكونوا من النساء، لأنهن أقدر على التعامل مع الصغار ولأن الموضوع أقرب إلى التربية منه إلى الجزاء الجنائى .

〈عوده〉 ٤٣٣ـ *المرحلة الثالثة* : مرحلة الإدراك التام : وتبدأ ببلوغ الصبى سن الرشد، أى بلوغه العام الخامس عشر من عمره على رأى عامة الفقهاء، أو ببلوغه العام الثامن عشر على رأى أبى حنيفة ومشهور مذهب مالك ...

وفى هذه المرحلة يكون الإنسان مسئولا جنائيا عن جرائمه أيا كان نوعها، فيحد إذا زنا أو سرق، ويقتص منه إذا قتل أو جرح، ويعزر بكل أنواع التعازير ...

٤٣٤ـ *علة اختلاف الفقهاء فى تحديد سن البلوغ* : الأصل عند الفقهاء جميعا فى تحديد سن البلوغ قوله ﷺ : "رفع القلم عن ثلاثة : الصبى حتى يحتلم، والنائم حتى يستيقظ والمجنون حتى يفيق". ومعنى رفع القلم عن الصبى حتى يحتلم هو جعل الاحتلام غاية لارتفاع الخطاب، والأصل أن الخطاب بالبلوغ، فدل الحديث على أن البلوغ يثبت بالاحتلام؛ لأن البلوغ والإدراك عبارة عن بلوغ المرء كمال الحال، وذلك بكمال القدرة والقوة على استعمال سائر الجوارح السليمة، وهذا يتحقق عن الكمال عند الاحتلام ...

وإذا كان البلوغ بالاحتلام، فإن بلوغ الغلام يعرف بالاحتلام والإحبال والإنزال، وبلوغ الجارية يعرف بالحيض والاحتلام والحبل. ولما كانت هذه العلامات قد تتقدم وقد تتأخر، فقد رؤى أن يحدد البلوغ بالسن، فحدده أغلب الفقهاء بخمسة عشر عاما للغلام والجارية معا، وحجتهم أن المؤثر فى الحقيقة هو العقل، وهو الأصل فى المسئولية وبه قوام الأحكام. وإنما جعل الاحتلام حدا للبلوغ شرعا لكون الاحتلام دليلا على كمال العقل، والاحتلام لا يتأخر عادة عن خمس عشرة سنة، فإذا لم يحتلم إنسان حتى هذه السن فذلك يرجع لآفة فى خلقته، والآفة فى الخلقة لاتوجب آفة فى العقل، فكان العقل دائما بلا آفة ووجب عَدُّ الشخص بالغا تلزمه الأحكام ...

أما من يحددون البلوغ بثمانية عشر عاما أو بتسعة عشر عاما، فحجتهم أن الشرع علق الحكم والخطاب بالاحتلام فوجب بناء الحكم عليه، ولا يرتفع الحكم عنه ما لم يستيقن بعدمه ويقع اليأس من وجوده، وإنما يقع اليأس بهذه المدة؛ لأن الاحتلام إلى هذه المدة متصور فى الجملة فلا يجوز إزالة الحكم الثابت بالاحتلام عنه مع الاحتمال، أى أنه ما دام الاحتلام مرجوا وجب الانتظار ولا يأس بعد خمس عشرة سنة إلى ثمانى عشرة أو تسع عشرة، بل هو مرجو فلا يقطع الحكم الثابت

﴿عوده﴾ بالاحتلام عنه مع رجاء وجوده، بخلاف ما بعد هذه المدة فإنه لا يحتمل وجوده بعدها فلا يجوز اعتباره فى زمان اليأس من وجوده[1].

ويتبين مما سبق أن الفريق الأول يرون أن علامات البلوغ تظهر عادة فى سن الخمس عشرة فحددوا البلوغ بهذه السن التى يغلب فيها ظهور علاماته. أما الفريق الآخر فإنهم يرون أن علامات البلوغ يتأخر ظهورها عادة إلى سن الثمانى عشرة أو التسع عشرة، فوجب أن يحدد البلوغ بهذه السن التى يتأخر إليها ظهور علامات البلوغ. ويرى أبو حنيفة أن أصول الشريعة تجرى على رأيه، فحكم الحيض مثلا لازم فى حق الكبيرة ولو انقطع عنها الحيض ويجب الانتظار لمدة اليأس لاحتمال عود الحيض، والتفريق بين العنين وزوجته لا يجوز ما دام طمع الوصول إليها فى فصول السنة المختلفة ثابتا، فإذا انقضت السنة وهو على حاله وقع اليأس وجاز الحكم بالتفريق. وكذلك أمر الله بدعاء الكفار إلى الإسلام حتى يقع اليأس من قبولهم فإذا لم يقع اليأس فلا يباح قتالهم ...

٤٣٥ـ *عقوبة الصبى غير المميز*: عقوبة الصبى غير المميز هى كما قلنا عقوبة تأديبية خالصة وليست عقوبة جنائية؛ لأن الصبى ليس من أهل العقوبة.

ولم تحدد الشريعة نوع العقوبات التأديبية التى يمكن توقيعها على الصبيان وتركت لولى الأمر أن يحددها على الوجه الذى يتراءى له، ومن المسلم به لدى الفقهاء أن التوبيخ والضرب من العقوبات التأديبية.

وترك تحديد العقوبات التأديبية لولى الأمر يمكن من اختيار العقوبة الملائمة للصبى فى كل زمان ومكان، فيجوز لولى الأمر أن يعاقب بالضرب أو التوبيخ، أو التسليم لولى الأمر أو لغيره، أو بوضع الصبى فى إصلاحية أو فى مدرسة، أو بوضعه تحت مراقبة خاصة، إلى غير ذلك من الوسائل التى تؤدى إلى تأديب الصبى وتهذيبه، وإبعاده عن الوسط الذى يعيش فيه.

وعَدُّ العقوبة تأديبية لا جنائية يؤدى إلى عدم عَدِّ الصبى بعد بلوغه عائدا بما عوقب به من قبل البلوغ، وهذا مما يساعده على سلوك الطريق السوى ويمهد لنسيان الماضى.

---

(١) بدائع الصنائع ج/٧ ص ١٧١ : ١٧٢...

<عوده> ٤٣٦ ـ *القوانين الوضعية والصبيان* : تأخذ القوانين الوضعية عامة بما أخذت به الشريعة من حيث اختلاف مسئولية الأحداث باختلاف أعمارهم. والرأى الغالب فى هذه القوانين هو تقسيم الأحداث إلى أنواع بحسب السن، وأن الحدث يمر بثلاثة أدوار مميزة بعضها عن بعض تمييزا كافيا ولو أنه يصعب تحديد كل منها تحديدا دقيقا. ففى الدور الأول يكون الطفل صغيرا ويفترض فيه عدم قدرته على فهم ماهية العمل الجنائى وعواقبه ومن ثم فلا مسئولية عليه إطلاقا، وقد حدد القانون المصرى هذا الدور بسبع سنوات وكذلك الحال فى إنجلترا وفى الهند .

وفى إيطاليا يُعَدُّ الحدث غير مسئول إذا قلت سنه عن تسع سنوات. وقد أخذت بلاد كثيرة بهذه القاعدة أى عَدّ الطفل غير مسئول حتى يبلغ سنا معينة .

وفى الدور الثانى يستطيع الطفل أن يعلم بأن ما يفعله محظور، ولكنه لم يبلغ من العلم والتجربة ما يكفى لفهم موقعه إزاء القانون وتقدير نتائج أعماله حق التقدير، ولهذا فقد أجمعت القوانين الوضعية على أن تعاقب الصغار فى هذا الدور بعقوبات تتلاءم مع حالتهم. وهذه العقوبات إما عقوبات خاصة تتلاءم مع حالة الأحداث، وإما العقوبات العادية مخففة. والنهاية القصوى للدور الثانى خمس عشرة سنة فى مصر واثنتا عشرة سنة فى الهند والسودان وأربع عشرة سنة فى إنجلترا وإيطاليا وست عشرة سنة فى فرنسا.

وفى الدور الثالث يكون الطفل قد بلغ من العمر ما يؤهله لفهم موقفه إزاء القانون، ومن ثم يكون مسئولا عن أعماله مسئولية تامة ويعاقب عليها بالعقوبات العادية. إلا أن بعض القوانين كالقانون المصرى لا يعاقبه بالعقوبات المفرطة فى الشدة وهى الإعدام والأشغال الشاقة، وهذا الامتياز مقرر لمن لم تبلغ سنهم سبع عشرة سنة أما من بلغ هذه السن فيعاقب بكل العقوبات العادية[1].

ويقسم القانون المصرى الدور الثانى قسمين : فمن يزيد عمره على سبع سنوات ويقل عن اثنتى عشرة سنة كاملة لا يجوز الحكم عليه بالعقوبات العادية. وإنما يعاقب بعقوبات خاصة القصد منها إصلاحه وتأديبه، وهى التوبيخ والإرسال إلى الإصلاحية

---

(١) راجع التعليقات على قانون العقوبات المصرى والموسوعة الجنائية ج١ص ٢٧٢ وما بعدها، وشرح قانون العقوبات لأحمد صفوت ص ٢٨٢ وما بعدها.

﴿عوده﴾ أو التسليم لولى الأمر أو غيره، ومن بلغت سنه اثنتى عشرة سنة وقلت عن خمس عشرة سنة يكون القاضى مخيرا بين أن يتخذ فى شأنه وسيلة من وسائل الإصلاح والتأديب التى سلف ذكرها أو أن يحكم عليه بعقوبة مخففة من العقوبات العادية.

وتجعل القوانين الوضعية الحدث مسئولا مدنيا عن أفعاله كلما كان مسئولا جنائيا ولو عوقب بغير العقوبات العادية، وكذلك هو مسئول مدنيا عن أفعاله ولو لم يكن مسئولا جنائيا، إذ ليس ثمة تعارض بين إعفائه من العقوبة لعدم بلوغه سنا معينة وبين الحكم عليه بتعويض الضرر الذى تسبب فيه بخطئه[١].

ويتبين مما سبق أن القواعد التى وضعتها الشريعة الإسلامية لمسئولية الأحداث من ثلاثة عشر قرنا هى نفس القواعد التى تقوم عليها مسئولية الأحداث فى القوانين الوضعية الحديثة. كما يتبين أن فى قواعد الشريعة من المرونة ما يؤهلها لأن تسبق كل القوانين، وما يساعدها على الأخذ بكل ما أظهرت التجارب أو العلوم من وسائل الإصلاح والتهذيب المفيدة للأحداث بصفة خاصة وللجماعة بصفة عامة.

---

(١) الموسوعة الجنائية ج٣ ص٦٣٠.

فى ســـن معيـــنة يصبح الصغير راشدا وقادرا على تحمل مسئولية تصرفاته المالية والسلوكية، وهنا يعامل معاملة الإنسان الراشد من حيث تحمُّل مسئولية الأعمال التى يعـــاقب عـــليها جنائيا، ومع ذلك فيحسن إعفاؤه من العقوبات القصوى والاكتفاء بالأصل وهو التعزير.

* * *

المشـــكلة فى جميع هذه المراحل هى كيفية تحديد السن التى تفصل بين كل منها. وفقهاؤنا يفضلون عَدَّ البلوغ الطبيعى (بالاحتلام أو الحيض) دليلا على بلوغ الرشد العقـــلى – لكـــن هذا الدليل ليس قاطعا. وما دمنا فى نطاق التعازير فإن القاضى له سلطة تقديرية واسعة، والمقنن المجتهد كذلك من باب أولى.

* * *

ســـواء فى فقهـــنا أو فى القوانين الوضعية، فإن تحديد السن لكل مرحلة لابد أن يكـــون تحكميـــا، لكن شريعتنا كما قدمنا تمتاز بأن مبدأ التعزير يتصف بمرونة كافية لكـــى يســـتطيع القاضى أو الفقيه المجتهد أن يختار التدبير المناسب لكل صغير متهم مراعيا فى ذلك ليس السن فقط، بل ظروفه الأسرية والاجتماعية والبدنية كذلك.

وبالنســـبة للبـــلوغ فإن السُّنَّة المطهرة أشارت إلى البلوغ الطبيعى وهو الاحتلام والحيـــض بالنســـبة لـــلأولاد والفـــتيات، وهذا كاف فى مجال الأحوال الشخصية والمعاملات المالية. لكن القوانين والتقنينات الجنائية عادة تحدد أمارة لكل مرحلة من مـــراحل المسئولية تبعا للسن حسب ما تراه من الشائع والمناسب فى البيئة التى يعيش فيهـــا الصـــغير، وذلـــك لتسهيل مهمة القضاء فى تصنيف المتهمين وتحديد مراحل المســـئولية. وليس ذلك مناقضا لما ورد فى السُّنَّة المطهرة لأننا فى نطاق التعازير نلتزم بمـــراعاة ظـــروف الواقع لكل منهم بما فيها سنه وحالته الاجتماعية، أما فى الحدود والقصاص فباب الشبهات يتسع لمراعاة حالة المتهم العقلية ومالديه من رشد حتى ولو كان بالغا. فمن باب أولى إذا لم يكن بلوغه مؤكدا...

* * *

❁ – التعازير تتسع للتدابير التربوية والإصلاحية قبل البلوغ أو بعده :

وعـــلى الرغم من أن التعزير فى الأصل يشمل بعض العقوبات الجنائية إلى جانب تدابـــير الـــتهذيب والإصلاح، فإن هذا التنوع جائز بالنسبة للكبار وللصغار الذين وصـــلوا إلى مرحـــلة الرشـــد، أما قبل ذلك فإن الفقه حصر تعزير الصغير فى نطاق الإجراءات والتدابير التربوية التى لا تدخل فى نطاق العقوبات الجنائية.

والقوانـــين الحديثة فى عصرنا تحاول أن تصل إلى هذه النتيجة التى قررها فقهاؤنا منذ قرون عديدة.

كما أن شريعتنا تميزت بإعطاء سلطة واسعة للقضاة والفقهاء أولياء الأمر لابتكار الـــتدابير المناســـبة وتطويرها حتى تجارى تطور المجتمعات وأساليب التربية والتهذيب والإصلاح..

وتحاول النظم الوضعية تطوير أحكامها لتوفر قدرا من المرونة، وإن كان فقهنا قد ســـبقها إلى ذلـــك؛ فله فضل السبق فى إعطاء التعزير أكبر قدر من المرونة وتوسيع سلطة القضاء تبعا لذلك.

بحث إضافى للدكتور توفيق الشاوي

فى شريعتنا
أن المسئولية أمانة حمّلها الله للإنسان

*****

يقصد من المسئولية أن يتحمل شخص مسئول نتيجة عمله أمام جهة لها الحق فى محاسبته .

ويشترط لذلك أن يكون المسئول أهلا للمحاسبة عن هذا العمل مستحقا لها، أى أن يكون هو الذى أتى هذا العمل طائعا مختارا، وأن يكون اختياره عن علم وإدراك بنـــتائج ذلـــك العمـــل . فالمسئولية نتيجة الاختيار الحر والعلم والعقل الذى يمكن الإنسان المسئول من التمييز بين ما يجوز وما لا يجوز أو بين الخير والشر .

وقد ميز الله الإنسان دون غيره من المخلوقات بالتكليف وبالمسئولية لأنه منحه العقل، كما يميزه بالاختيار بين الخير والشر؛ وعهد إليه مقابل ذلك أن يكون مسئولا عن أعماله، وأن يتحمل نتيجة اختياره بقدر ما لديه من عقل وعلم واختيار حر، وأن تكون المسئولية أمام الله هى أساس الحساب والجزاء يوم الدين .

* * *

ويشـــترط للمسئولية أن يكون السائل صاحب الحق فى أن يتولى المساءلة، وليس هـــناك أقـــدر عـــلى ذلك من الله سبحانه لأنه هو الذى خلق الإنسان ووهبه العقل والإرادة والاختيار، وأنه هو القادر العليم الحكيم رب الناس ورب يوم الدين .

فى شريعتنا للمسئولية أمام الله أهمية كبرى أساسها الإيمان، فالإيمان بالله هو الذى يوجـــب عـــلى الإنسان المكلف أن يكون مسئولا أمامه لأنه سبحانه هو الذى خلقه ومـــنحه العقـــل والعـــلم وحـــرية الاختيار بين الخير والشر التى يتميز بها عن جميع المخلوقات .

إن هـــذه المسئولية أمام الله هى الأمانة التى عجزت الجبال والأرض والسماء عن أن تحمـــلها وحملها الإنسان وحده مصداقا لقوله تعالى : ﴿إنا عرضنا الأمانة على السموات والأرض والجبال فأبين أن يحملنها وأشفقن منها وحملها الإنسان إنه كان ظلوما جهولا﴾ . [الأحزاب : 72] .

وهـــذه المـــزايا وضعها الله أمانة فى عنق بنى آدم، وعليهم أن يؤدوا هذه الأمانة عـــندما يقفون بين يديه سبحانه يوم القيامة ليسألهم عما فعلوا ويجزيهم بما يستحقون من جزاء سواء كان نعيما لمن اختار طريق الخير أو عذابا لمن ارتكبوا الآثام والخطايا وسلكوا طريق الشر .

فى شريعتنا أن المسئولية أساسها أن الإنسان قد اؤتمن على نعم الله عليه التى تميزه عـــن جميع المخلوقات وأولها العقل والعلم الذى ميزه بها عن الملائكة، مصداقا لقوله تعالى فى سورة البقرة: ﴿وعلّم آدم الأسماء كلها ثم عرضهم على الملائكة فقال أنبئونى بأسماء هؤلاء إن كنتم صادقين ۞ قالوا سبحانك لا علْمَ لنا إلا ما علّمْتَنا إنك أنت العلـــيم الحكيم﴾ [البقرة :31، 32]. وإلى جانب العقَل والعلم ميزه بالإرادة الحرة التى تمكنه من الاختيار بين الخير والشر وبين الهدى والضلال، فأول واجب عليه هو أن يكون مسئولا عن الإيمان بالله الذى خلقه وصوره وأنعم عليه بهذه النعم، وكذلك الإيمـــان بـــالغيب أى بلقاء الله يوم البعث والنشور والحساب والجزاء يوم الدين فى الحياة الآخرة .

*****

وإذا كـــانت المســـئولية دينا فى ذمة البشر يلتزمون بأدائها يوم الدين، فإن الله ســـبحانه فد شرع لهم أن يؤدوا حسابا دنيويا يتولاه القضاء عندما يرفع أمرهم إليه ليكون ذلك تمهيدا وإنذارا للحساب فى الآخرة .

وإذا كانت القوانين الوضعية تفرض عقوبات جنائية على مرتكبى الأعمال الضارة بأمن المجتمع، فإن شريعتنا لا تكتفى بمسئولية المخطئ أمام القضاء لأن خشية العقوبة الدنيوية لا تكفى لحماية المجتمع، فشريعتنا تجعل للإيمان بالله وبالبعث والنشور الدور الأكبر فى وقاية المجتمع من المجرمين المفسدين فى الأرض .

الإيمـــان بعظمـــة الله وقدرتـــه يجعل المؤمن يخشى عذاب الجحيم الذى أنذر به من يـــتجرءون عـــلى مخالفة أوامره ونواهيه، وكل من يرتكب ما تَعُدُّه شريعتنا من الجرائم والمعاصى التى تستحق العقاب الأخروى إذا أصر عليها ولم يتب إلى الله ويستغفره، خشية عذابـــه وغضـــبه ســـبحانه. ولهذه الخشية أثر كبير فى إحجام المؤمن عن المعاصي، وعن ارتكـــاب ما نهى الله عنه، وتجعله يسلك طريق الاستقامة والهداية ويستجيب لدعوة الله لكـــى يكون من المتقين، حتى إنه لو ارتكب خطيئة أو معصية فعليه أن يسارع إلى التوبة

ويطلب من الله أن يغفر له ذنبه ويعيده إلى الصراط المستقيم ويقبل توبته ويجعله من عباده المتقين – وبذلك تحقق الشريعة هدفها فى إصلاح الفرد والمجتمع .

صحيح أن شريعتنا لا تكتفى بهذا التهديد والتخويف من العقاب الأخروي، بل إنها قررت عقوبات دنيوية يفرضها المجتمع على من يستطيع أن يثبت أنهم يفسدون فى الأرض بما يرتكبونه من معاص وجرائم – لأن الله يزع بالسلطان ما لا يزع بالقرآن – وهـذا العقاب الدنيوى ضرورى كلما ظهرت الجريمة واشتهر أمرها، وخاصة إذا كـانت تهدد الأسس الثابتة للمجتمع أو الحقوق الإنسانية للأفراد، وكان لا بد من تسـليح المجتمع برادع دنيوى يمكنه من مجازاة المخطئين وتوقيع العقاب على المجرمين الذيـن يثـبت أمـام القضاء ارتكابهم للجنايات والانحرافات التى تهدد أمن المجتمع واستقراره وأمن الناس وأمانهم .

ولـما كانت هذه المسئولية الدنيوية غير كافية ولا كاملة، فإن الله سبحانه وتعالى طمأنـنا بأنـه سـيتولى الحساب الكامل الشامل العادل يوم الدين، وبذلك تكون المسـئولية فى شريعتنا محققة للعدالة الكاملة الشاملة لأنها عدالة إلهية وعدالة قضائية معا... فالمسئولية الدنيوية هى إنذار وتذكرة بالمسئولية الكاملة يوم القيامة .

إن عدالـة القضاء وحدها لا يمكن أن تكون كاملة لأن القضاء لا يحاكم إلا من يقدمـه لـه الادعاء، وأجهزة الادعاء (النيابة العامة) لا تحقق إلا مع من تقدمهم لهم أجهـزة الشرطة، وهذه الأجهزة تعرف أن كثيرا من الجرائم لا يبلغ عنها لأن المجنى عـليه لا يرى فائدة من ذلك – إذ لا يريد أن يشغل نفسه بالشكوى لأنه لا يعرف الجانى أو ليس له أدلة كافية على من يتهمهم. والنتيجة أن أغلب مرتكبى الجرائم لا يقدمـون لـلمحاكمة الجنائية، لذلك فإن العدالة القضائية تصور على أنها معصوبة العيـنين فهى لا ترى الجرائم عند وقوعها ولا تنظر فى قضايا لا يوجد بها دليل كاف ضد متهم معين .

وإذا أراد الإنسان أن يطمئن إلى العدالة الكاملة فلن يجدها إلا فى العدالة الإلهية، لأنه سبحانه وتعالى يعلم السر وأخفى، وهو يحاسب كل شخص عن عمله يوم الدين ولا يفلت من حسابه أحد .

فالعدالـة القضـائية والمسئولية الدنيوية إذا كانت ضرورية ومفيدة، فإنها ليست كافية ولذلك فإنها تحتاج إلى العدالة الإلهية لتكون كاملة – والذين يريدون الاقتصار

عـــلى العدالة البشرية يعلمون أن عدالتهم القضائية عرجاء كما أنها عمياء معصوبة العيـــنين. فالعدالـــة الكاملة لا يمكن إلا أن تكون إلهية فى اليوم الآخر – كما تقرره شريعتنا التى تبدأ بالإيمان بالله وبالحساب والجزاء يوم الدين إلى جانب عدالة القضاء فى الحياة الدنيا .

* * *

وهذا الحساب الدنيوى يشترط فيه جميع الشروط التى يقوم عليها حساب الآخرة مضافا إليها شرطان :

الأول : أن الجماعة هى التى تتولى هذا الحساب باعتبار أن حقوق الجماعة تكون حقوقا لله وأن ينوب عن الجماعة القضاء المستقل .

الـــثانى : أن يلـــتزم القضاء باتباع الأصول والإجراءات التى شرعها الله لإقامة العدل بين الناس حتى لا يظلم شخص برىء .

ومع ذلك، فإن هذا الحساب الدنيوى معرض للنقص والخطإ ككل أعمال البشر، لذلـــك فإن الله وعدنا بأن يعاد الحساب الكامل الشامل العادل يوم الدين، وبذلك تكون المحاسبة يوم الدين مصححة ومكملة للحساب الدنيوى الذى هو مجرد تذكير وإنذار للحساب فى الآخرة .

إن المســـئولية الدنيويـــة شرعت لتردع الإنسان عن طريق الفساد والشر الذى ارتكبه وتدعوه لكى يندم على فعله ويتوب إلى الله توبة خالصة وعدنا الله أن يتقبلها ويغفر للتائبين ما يتحملون من سيئات. وقد وعد الله سبحانه وتعالى المؤمنين الصادقين بأنه سوف يتوب عليهم إذا ندموا واستغفروا موقنين أنه سبحانه هو الغفور الرحيم. فالـــتوبة أساسها الإيمان برحمة الله ومغفرته، وهذه ميزة كبرى للمؤمنين بالله والذين يؤمنون بالغيب والجزاء يوم الدين أمام الله سبحانه وتعالى .

إن تشـــريعنا الجنائى وعدالتنا القضائية الدنيوية هدفها الأول أن يتوب مرتكب الخطيئة ويندم عليها ويعلن عدم عودته إليها خشية من عذاب الله وعقابه يوم الدين، فـــلذلك كان أول وصف للمؤمنين الصالحين هو أنهم المتقون، والتقوى أولى علامات الإيمان.

وإذا كـــانت التوبة دليلا على التقوى، والتقوى علامة الإيمان بالله، فإننا نستطيع أن نقـــول إن الـــتوبة هى علامة الإيمان بالله والرجوع إليه والثقة به. ولا نعتقد أن

المخـــطئ هو المسئول وحده أمام الله عن التوبة، بل إن المجتمع يتحمل نصيبا من هذه المســئولية ويمــثله القضاة وأعوانهم. لذلك اتفق جمهور فقهائنا على أن من واجب القاضى أن يذكر المتهم بواجبه فى التوبة وينصحه بها ويشجعه عليها، اقتداء برسول الله ﷺ وصحابته.

ولا يجوز فى نظرنا أن يحكم الحاكم أو القاضى بعقوبة جنائية أيا كانت إلا بعد أن يثـبت لديـــه عدم استعداد المتهم للتوبة أو رفضه دعوته إليه وإصراره على سلوكه الشاذ والضار بالمجتمع .

إن شراح القوانين الوضعية بينهم حوار طويل عن الهدف من العقوبة :

فالبعض يقول إنها رد فعل للجريمة، أو زاجر ورادع للمجرم. وبعضهم استقروا عـــلى أنهـــا دفاع اجتماعى لحماية المجتمع من المجرمين. وشريعتنا قد أراحتنا من هذا الجدل، لأن الحماية الحقيقية للمجتمع هى التوبة الصادقة النصوح. فالهدف من تقرير العقوبات هو حمل المخطئ على التوبة وتشجيعه عليها، ولا يكون ذلك إلا إذا بين له القاضى أن التوبة ستكون سببا لرفع العقوبة عنه إذا كانت جدية وصادقة ومخلصة .

وإذا أصـــر المســـىء على رفض التوبة والندم على فعله، فإنه يستحق العقوبة لا بســـبب الجريمة التى ارتكبها فقط، بل وأيضا بسبب إصراره على مواصلة الانحراف ورفض التوبة والاستغفار...

المسئولية المدنية والجنائية
فى الشريعة الإسلامية(*)

للدكتور / عبد الرزاق السنهورى (بك)
عميد كلية الحقوق سابقا
ووزير التعليم المصرى الأسبق

لكى نبين أحكام المسئولية المدنية والجنائية فى الشريعة الإسلامية، يجب أولا أن نميّز بين الأضرار البدنية والأضرار المتعلقة بالمال .

ففى نطاق الأولى، نجد أن أحكامها محدودة، وإن صح القول فإن جذورها قديمة.

وعندما ننتقل إلى مجال الإضرار بالمال، نلاحظ تقدما كبيرا وأن منابع أحكامها علمية بحتة، وتسير فى تطورها على منهج يماثل منهج الأنظمة الحديثة .

وتفسيرا لهذا الفرق، قيل إن الفقهاء المسلمين، فى مجال الأضرار البدنية، راعوا التقاليد العربية السابقة على الإسلام والعادات البدوية الفطرية التى أيدت معظمها النصوص القرآنية . لذلك لم يكن لاجتهادهم إلا نطاق محدود التأثير على التطور فى هذا المجال .

وبالمقابل وفى نطاق الإضرار بالمال، كان المجال مفتوحا لاجتهادات الفقهاء الذين كان لهم تأثير كبير على تطور مبادئ المسئولية المدنية .

(*) هذا البحث هو جزء من التقرير المقدم من الأستاذ العميد الدكتور "عبد الرزاق السنهورى بك" إلى المؤتمر الدولى الثانى للقانون المقارن الذى عقد فى لاهاى فى شهر أغسطس عام ١٩٣٧م .

وقد نشر النص الفرنسى لهذا التقرير بالجزء الأول من مجموعة مقالات وأبحاث الدكتور "السنهوري" التى نشرتها كلية الحقوق بجامعة القاهرة – عدد خاص من مجلة القانون والاقتصاد .

وقام بترجمته الأستاذ/ بلقاسم بلحاج حسين إبراهيم من تونس، والدكتور/ أيمن سعد عبد المجيد سليم، مدرس القانون المدنى بكلية الحقوق بجامعة القاهرة، تحت إشراف الأستاذ الدكتور توفيق الشاوى ومراجعته.

وبـــناء عليه، سنقوم ببحث المسألة تحت بابين اثنين : الأضرار البدنية، والإضرار بالمـــال، مســـتفيدين من التقارير الخاصة التي وصلتنا من الأزهر الشريف وفلسطين ولبنان وكذلك من بلاد فارس .

وبهـــذا الخصوص، نشير إلى تقرير السيد "إميل طيان" المستشار بمحكمة النقض والمكـــلف بالتدريس فى مدرسة الحقوق الفرنسية فى بيروت، وهذا التقرير مستوحى مـــن الأطـــروحة الممتازة التى تقدم بها فى نفس الموضوع أمام كلية الحقوق فى ليون (فرنسا) سنة ١٩٢٦ .

فى البداية نبدأ بمجال الأضرار البدنية .

الجزء الأول

الأضرار البدنية

(الأفعال الماسة بحياة الإنسان أو سلامة بدنه)

فى الجزيــرة العــربية وفى الفترة قبل الإسلام، نجد أن الأخذ بالثأر كان هو المبدأ السـائد، كما هو الحال فى أى مجتمع فطرى. كذلك نجد أن التضامن العائلى، سواء كـان من جانب الجانى أو المجنى عليه، هو السائد فى تلك الفترة، إذ إن الجانى ليس المسـئول الوحيد بل كل قبيلته، وإن المجنى عليه ليس الوحيد فى المطالبة بالثأر بل إن عشيرته كلها تطالب بهذا الحق .

وإذا كان المستوى الحضارى الذى وصل إليه العرب قبل الإسلام قد مكنهم من الانـتقال إلى نظـام التصالح الاختيارى، فإنهم برغم ذلك لم يتمكنوا من تجاوز هذا النظام للوصول إلى نظام الصلح الإجبارى (الدِّية) .

لم يغير الإسلام أساس المسئولية فى هذا المجال، وبقيت المسئولية الجنائية تعالج نزعة الثأر الشخصى، وبقيت المسئولية المدنية مرتبطة مع المسئولية الجنائية .

إن الإسلام أصلح هذا النظام الفطرى من عدة نواح، حيث أدخل فى البداية نظام الصلح الإجبارى أو الشرعى (الدِّية الشرعية) .

ثم بعد ذلك، حصر التضامن العائلى (العاقلة) فى بعض الحالات المحدودة .

وأخيرا، لجأ إلى تدخل السلطة العامة لمتابعة ومحاكمة الجانى، بل وفى تنفيذ الأحكام الصادرة فى هذه الجرائم .

وسوف نتناول هذه الموضوعات الثلاثة :

١ـ الصلح الإجبارى (الدِّية) .

فى الـبداية، أدخل الإسلام نظام الصلح الإجبارى، حيث إن الثأر الشخصى فى الجزيـرة العربية فى فترة ما قبل الإسلام لم يعرف إلا التصالح الاختيارى . فإذا رفض المجنى عليه هذا التصالح، يبقى حقه فى الأخذ بالثأر قائما. وهذا الثأر الجاهلى لم يكن مـنظما ولم يكن هناك ضمانات للمساواة بين الضرر والثأر، بل إن الفوضى الشاملة كانت هى السائدة فى تطبيق هذا الثأر .

ومـــن بـــين أهم التجديدات العديدة التى أتى بها الإسلام والتى سمحت للصلح الإجبارى (الدِّية الشرعية) بأن يأخذ مكان التصالح الاختيارى، نذكر اثنين هما :

المساواة فى تطبيق القصاص .

والـــتمييز بـــين الجرائم المتعمدة التى تخضع وحدها لنظام القصاص والجرائم غير المتعمدة التى يطبق فيها نظام الصلح الإجبارى (الدِّية).

(أ) **مبدأ المساواة في القصاص :**

قبل كل شيء، فرض الإسلام أولا المساواة التامة فى ممارسة القصاص بين الضرر الواقـــع (الـــذى أصـــاب المجـــنى عليه) والضرر الذى يمكن أن يحدث (للجانى من القصـــاص)، حيث أوجب أن يستبدل بالثأر، الذى أصبح يسمى بالقصاص، الصلح الإجـــبارى فى جميع الحالات التى لا يمكن فيها التأكد من تحقيق هذه المساواة التامة (هداية ٤، ١٣٤).

بناء على ذلك، ففى حالة جرائم القتل لا يمكن تطبيق القصاص بين الرجل والمرأة ولا بـــين الحـــر والعبد، وأيضا لا قصاص بين العبيد على اختلاف درجاتهم (كتاب الخراج، ص٢٤٤) .

كما أن إتلاف (قطع) عضو من الأعضاء لا يوجب حد القصاص إلا إذا كان هذا الإتلاف (القطع) قد حدث فى المفاصل، وكذلك الحال بالنسبة لكسر أحد العظام .

وتوجـــد قيود أخرى استبعد منها القصاص ليحل محله الصلح الإجبارى (الدِّية). وهـــذه القيـــود كثيرة العدد، حتى جعلت الأديب "إميل طيان" يقول فى كتابه عن الموضـــوع : "إن هذه القيود وصلت إلى حد أن القاعدة قد انعكست حتى إنه يمكن القـــول كذلك إن القصاص قد ألغى بالنسبة للأضرار البدنية، ما عدا بعض الحالات المحدودة الذكر. (نظام المسئولية فى الشريعة الإسلامية، بيروت ١٩٢٩، ص١٠٠).

(ب) **التمييز بين الجرائم المتعمدة والجرائم غير المتعمدة :**

أدخل الإسلام تجديدا آخر هو التمييز بين القتل المتعمد والقتل غير المتعمد، وهذا الـــتجديد لـــه أهميـــة كبيرة فى تقييد تطبيق القصاص لصالح مبدإ الصلح الإجبارى (الدِّية).

فجـــريمة القتل المتعمد هى وحدها التى تستحق القصاص. أما القتل غير المتعمد، فيطبق فيه مبدأ الصلح الإجبارى (الدية).

قبل دخول الإسلام، كانت العرب لا تميز بين هاتين الحالتين، وكانت تقضى دائما بحق الثأر الفردى الذى يستبدل به إذا اقتضى الأمر التصالح الاختيارى. لكن القرآن أوجب هذا التمييز بين جرائم العمد والخطإ، وفرض الصلح الإجبارى فى حالة القتل غــير المتعمد بقوله تعالى: ﴿وما كان لمؤمن أن يَقْتُلَ مؤمنا إلا خطأ ومن قَتَل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسَلَّمة إلى أهله إلا أن يصَّدَّقوا﴾ [النساء: ٩٢].

وبــناء عليه، نرى أنه لا سبيل فى حالة القتل غير المتعمد (الخطأ)، سوى الصلح الإجــبارى (الدِّية) . بينما فى حالة القتل المتعمد، يترك الأمر لورثة المجنى عليه (ولى الدم) للاختيار بين القصاص والصلح (الدِّية) (أو أى مبلغ تعويض آخر يرضيهم) .

ويلاحــظ أن الفقهــاء اســتفادوا من هذا التمييز للمزيد من تقييد مجال تطبيق القصاص، وذلك بوسائل مختلفة هى :

(١) وسَّــعُوا نطــاق التمييز ليشمل الأضرار البدنية بالإضافة إلى القتل، أى أن إحــداث أى ضرر بدنى غير متعمد (سواء كان قتلا أو غيره)، يجب أن يخضع لنظام الصلح الإجبارى (الدِّية).

(٢) بعــد ذلك، ميزوا بين القتل (أو الأضرار الأخرى) الناتجة مباشرة عن الفعل الذى ارتكبه الجانى، وهذا وحده يخضع للقصاص، وبين الأضرار الأخرى (غير القتل) الــناتجة بالتسبب عن الفعل الذى قام به الجانى، وهذه تخضع لنظام الصلح الإجبارى (الدِّية) .

(٣) حــتى فى نطــاق القــتل المتعمد، أخضع الفقهاء بعض الحالات إلى الصلح الإجــبارى (الدِّية) بدلا من تطبيق حكم القصاص، وذلك بالتمييز بين القتل المتعمد الذى ارتكب بآلة قاتلة بطبيعتها، وبين ما يَعُدُّونه صورة من القتل شبه المتعمد والذى قد يتوافر فيه القصد الجنائى ولكنه لم يرتكب بآلة قاتلة بطبيعتها، لذا فإنه لا يستحق القصاص.

إن الحالــة الأولى التى يكون القتل فيها بآلة قاتلة بطبيعتها هى وحدها التى يجب فيها القصاص.

(٤) كنتيجة منطقية لمبدإ أن القصد الجنائى ضرورى لتطبيق حكم القصاص، فإن الفقهــاء أعفوا من المسئولية الأحداث غير المميزين والمختلين عقليا، فضلا عن الذين

كانوا فى حالة الدفاع الشرعى عن النفس أو فى حالة الضرورة . وفى كل هذه الحالات يطبق الصلح الإجبارى (الدِّية) .

(٥) وأخيرا التزم الفقهاء بمبدإ أن القصاص لا يتجزأ، واستخلصوا منه نتائج مهمة: ففى حالة تعدّد المطالبين بتطبيق القصاص، إذا تنازل أحدهم عن حقه فى القصاص، لا يمكن للبقية أن يطالبوا بهذا الحق، ويجب عليهم الاكتفاء بالصلح الإجبارى (الدية).

أما فى حالة تعدد الجناة، فإذا كان أحد منهم لا يخضع للقصاص (حدث أو مجنون مثلا)، فإن البقية التى تواجه حكم القصاص يسقط عنهم هذا الحكم وينتقلون إلى نظام الصلح الإجبارى (الدِّية) .

ومن السهل أن نلاحظ أن هذه القيود على مبدإ القصاص التى أدخلها الإسلام (لتضييق نطاقه) جعلت من الصلح الإجبارى (الدية) قاعدة ومن القصاص استثناء .

٢ـ إلغاء التضامن العائلى (العاقلة) :

ألغى الإسلام أيضا التضامن العائلى فى حالة الجرائم المتعمدة؛ إذ فى هذه الجرائم تكون العقوبة شخصية سواء وجب القصاص أو استُبدِل به لأى سبب من الأسباب الصلح (الدية) . حيث إن الجانى وحده هو الذى يتحمل هذه المسئولية. وهذا التجديد الذى أدخله الإسلام يعود أولا إلى الأصل الجوهرى للإسلام الذى قد أرسى مبدأ شخصية الثواب والعقاب، حيث نقرأ فى القرآن الكريم ﴿ولا تزر وازرة وزر أخرى﴾ [الإسراء : ١٥، فاطر : ١٨، الزمر : ٧]، فضلا عن أن القصاص عند اليهود كان دائما شخصيا .

بالإضافة إلى ذلك، نلاحظ أنه حتى فى حالة الجرائم غير المتعمدة التى يكون الصلح فيها إجباريا، توصل الفقهاء إلى إلغاء التضامن العائلى بسلسلة من القيود .

فى البداية، استبعد التضامن العائلى حيث إن الصلح (الدية) يتوجب فقط على الجانى وحده، وذلك عندما يكون هذا الصلح نتيجة للاعتراف أو لقرار المحكمين أو نتيجة لاتفاق . حيث إن التضامن العائلى يجب أن يكون نتيجة للجريمة ذاتها بدون تدخل من إرادة الجانى أو غيره . وتطبيقا لهذا المبدإ فإنه فى الحالة التى يكون الصلح (الدِّية) فيها متروكا لتقدير القاضى، فإن الجانى هو وحده الذى يتحمل المسئولية .

وأخـــيرا، وفى نطاق هذه القيود، فإن التضامن العائلى مقصور على العرب حيث يمـــثل بالنســـبة إليهـــم قاعدة تقليدية. أما بالنسبة لغير العرب، فإن مبدأ المسئولية الشخصية هو الواجب التطبيق دائما .

٣ـ تدخل السلطة العامة

أدخـــل الإســـلام الســـلطة العامة فى ملاحقة ومقاضاة الجناة، وكذلك فى تنفيذ الأحكـــام الصادرة ضدهم، حيث أنشئ جهاز يسمى جهاز الشرطة مكلف بتوجيه الاتهام للمجرمين وتقديم الأدلة ضدهم .

بعد ذلك ينظر القاضى فى القضية ويصدر حكمه حسب تقديره لمسئولية المتهم فى التهم المنسوبة إليه.

أما بالنسبة لتنفيذ الحكم، فإن العرب فى فترة ما قبل الإسلام كانوا يمارسون نظام الثأر الشخصى . حيث إن الشخص المجنى عليه يتابع بنفسه أخذ (تنفيذ) هذا الثأر .

وبالـــرغم من أن الفقهاء المسلمين يواصلون التأكيد على أن الشخص المجنى عليه يمكن أن يطبق القصاص بنفسه، فإنهم قرروا أن القصاص يستلزم المساواة الكاملة وأن الســـلطة العامـــة هى التى تضمن عدم الإخلال بالمساواة وتتولى هى تنفيذ القصاص خوفا من عدم خبرة أو سوء نية المجنى عليه إذا سمح له بتطبيق القصاص بنفسه .

فـــبالرغم من أن السلطة العامة تؤدى دورا كبيرا فى ملاحقة ومحاكمة الجانى وفى تنفيذ الحكم، فإنه فى نظرنا لا يجب الاعتقاد بأن الأفعال التى تسبب الأضرار البدنية تُعَـــدّ مـــن الجـــرائم العامة فى الشريعة الإسلامية، ولا أنها جرائم مدنيّة. بل إن هذه الأفعال تحتل مكانا مماثلا للجرائم الشخصية فى القانون الرومانى .

وفى الواقـــع، فـــإن الجزاء على هذه الأضرار هو عقوبة شخصية (فى نظرنا لأن توقيعها حق شخصى للمجنى عليه). وتحتل موقعا وسطا بين العقوبة العامة والتعويض المدنى* .

---

* لا نوافق السنهورى على محاولة قياس الفقه الإسلامى على القانون الرومانى، لأن القصاص وحده هو الذى يُعَدّ حقا للمجنى عليه — وهناك التعزير ولا حق للمجنى عليه فيه، وهو الجزاء الأصلى فى نظرنا.

لذلــك، يجــب الــتمييز بــين هذه الجزاءات الثلاثة: القصاص، والدّية الإجبارية، والاخــتيارية فى الــنظام الإسلامى. وأساس هذا التمييز هو التفرقة بين صنفين من الحقوق: حق الله، وحق العبد .

فالجــزاء الــذى يكون حقا خالصا للعبد يكون إما عقوبة شخصية وإما تعويضا مدنيــا. أمــا الجزاءات التى تُعَدُّ حقا لله، فهى ما لا يمكن أن يكون حقا لأحد بعينه، ولذلك تنسب إلى الله سبحانه تعبيرا عن أهميتها وعموميتها . لهذا، فإن حق العبد هو ما تتوقف عليه مصلحة شخصية .

لكــى نحــدد الجــرائم العامة، يجب أن نذكر العقوبات العامة، وهى حقوق الله وعددها أربعة : الحد والتعزير والكفارة والحرمان من الميراث (ومن الوصية) .

ونحــن نتوقف عند عقوبتى الحد والتعزير. فالحد هو عقوبة مقررة حددها النص الشرعى وعددها خمسة : قطع اليد فى حالة السرقة، والجلد (أو الرجم) فى حالات الــزنا، والجلد فى حالة شرب الخمر والقذف، وقطع اليد والرجل والصلب فى حالة قطع الطريق .

وعــدا هذه العقوبات المذكورة، فقد تركت الشريعة الباب مفتوحا لعقوبات فى جرائم عامة أخرى (تستحق التعزير).

فــيما يتعــلق بالجزاءات العامة (فى التعازير)، فقد تركت الشريعة للقاضى حرية تقدير الفعل الذى يعاقب عليه وتحديد الجزاء . وهو مبدأ قد يتعارض مع القاعدة التى تقــول : "لا عقوبة دون نص" . ومع ذلك فقد دخل مثل هذا المبدإ (الاستثنائى) فى قوانين بعض الدول العصرية .

تــلك هــى الجزاءات الجنائية العامة التى تقررها الشريعة الإسلامية والتى تتميز بالآتى :

(١) الأصل أنها غير قابلة للتنازل أو التصالح .

(٢) أنها غير قابلة للانتقال عن طريق الوراثة (سلبا أو إيجابا) .

(٣) فى حالة تعدد الأحكام، لا يجوز الجمع بينها .

(٤) أنها تخفض إلى النصف، إذا كان المجنى عليه أو الجانى من العبيد .

وفى مقـــابل الجريمة العامة، نجد ما يسمى الآن بالجريمة المدنية (فى الفقه الوضعى) الـــتى تتمثل فى الأضرار التى تصيب المال وجزاؤها التعويض المدنى . وسنبحث فيما بعد أحكام الشريعة الإسلامية بخصوص هذه الأضرار (الجرائم).

ويتوسط بين الجريمة العامة وما يسمى بالجريمة المدنية نوع من الجرائم الجنائية التى يـــترتب عليها جزاءات شخصية – وهذا النوع من الجزاءات يتمثل فى حكم بجزاء يجمـــع فى مميزاته بين العقوبة العامة والتعويض . وهذا الجزاء قابل للتنازل والتصالح، وكذلك قابل للانتقال عن طريق الوراثة . كما أن الجمع بين الجزاءات من هذا النوع مقـــبول . ولا تخفـــض العقوبة للنصف بالنسبة للعبيد . وهذه الجزاءات التى نَعُدُّها شخصـــية وعددهـــا خمس هى كالتالى : القصاص والتعزير الشخصى والدِّية وديات الأعضاء (الأرش) وما يترك لتقدير القاضى من جزاءات ذات طابع شخصى.

لا يجـــب القصاص إلا عندما تكفل المساواة بين الضرر البدنى الذى أصاب المجنى عليه وبين الضرر الذى سيصيب الجانى تطبيقا للمبدإ الذى قرره القرآن الكريم الذى قضى بأن : النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص .

يطبق القصاص فى الحالات التالية :

(١) فى حالة القتل المتعمد . هنا يكون القصاص إما حقا للمجنى عليه الذى ينتقل إلى الورثة، وإما حقا خاصا بالورثة حسب "أبو حنيفة" .

ويسقط هذا الحق بالتنازل (عفو المجنى عليه قبل موته أو عفو ورثته عن الجانى بعد موته)، أو فى حالة المصالحة بالاتفاق على دفع الدية .

(٢) فى حالـــة الجروح البدنية العمدية الأخرى، يشترط المساواة الكاملة : العين بـــالعين والأنف بالأنف إلى آخره، ويكون القصاص هنا حقا للمجنى عليه، ويسقط هذا الحق بالتنازل أو بالتصالح .

وفى نطاق التعازير، يجب التفرقة بين ما يُعَدّ منها جزاء خاصا وما يُعَدّ جزاء عاما، وكلاهما خاضع لتقدير القاضى فى تحديد الفعل المستحق للتعزير والجزاء المناسب لكل فعـــل. والـــتعزير يكون فى نظرنا جزاء خاصا إذا كان يترتب على عدوان على حق شخصى (من حقوق الإنسان الشخصية) وليس على حق عام من حقوق الجماعة (أو حقوق الله) .

إذا خرجنا عن نطاق الأضرار البدنية التى يترتب عليها القصاص أو الصلح أو تكون فيه السلطة التقديرية للقاضى، وكذلك، إذا خرجنا من نطاق الأضرار التى تصيب المال حيث يجب التعويض المدنى (الضمان)، توجد هنا جرائم خاصة مثل التغرير (الإغواء) أو القذف أو المنافسة غير المشروعة وما إليها*. وهى جرائم يكون للقاضى بحسب تقديره العادل أن يَعُدّها اعتداء على حق شخصى وليس حقا من حقوق الجماعة . لذلك، يجازى عنها بجزاء خاص يقدره هو (أى المجنى عليه) . وهذا الجزاء فى نظرنا يجمع بين صفات العقوبة والتعويض المدنى .

* قد يكون هذا صحيحا بالنسبة للقانون الرومانى، أما بالنسبة للشريعة فلا نوافق عليه. وإذا كانت جريمة قذف المحصنات بالزنا لها أحكام خاصة بالإثبات فإنها قطعا ليست مقررة لصالح المجنى عليه وحده بل هدفها تقييد حق القاذف فى إلقاء الاتهامات على المحصنات وإلزامه أولا رفع الدعوى التى يلزم فيها بشروط باهظة مثل تقديم أربعة شهود رؤية، ومعاقبته على القذف بالجلد إذا لم يتوافر هذا العدد من الشهود .

الدّية

يجب الصلح (الدّية) فى الحالات التالية :

(١) فى حالـــة القتل غير المتعمد، وهنا تكون (الدّية) إجبارية ويتحملها جميع أفراد القبيلة أو العشيرة (العاقلة) بما فيهم الجانى نفسه. أما إذا كانت الدية واجبة نتيجة اتفاق أو اعتراف من الجانى أو نتيجة لجريمة قتل غير متعمد، حل فيها الصلح الاختيارى محل القصاص، فإنه فى هذه الحالات يكون الجانى وحده هو الذى يتحمل (الدية) .

(٢) فى حالـــة الإصـــابات البدنية غير المتعمدة (غير القتل العمد الذى يكون فيه القصـــاص واجبا، إذا كان الجرح متعمدًا، تكون الدية مغلظة حيث تصل إلى ١٠٠ بعـــير أو ٢٠٠ بقـــرة أو ١٠٠٠رأس من الغنم أو ٢٠٠رداء أو ١٠٠٠ دينار أو ١٠,٠٠٠درهم .

بالإضـــافة إلى ذلـــك، فإن الأرش هو جزء من الدّية الواجبة بسبب الإصابة التى تتلف أحد الأعضاء . فمثلا تجب نصف الدّية لفقدان إحدى العينين، وعشْرها لفقدان إحدى الأصابع إلخ .. .. ..

وفى حالة الأضرار البدنية غير المتعمدة أو المتعمدة عندما لا يمكن ضمان المساواة الكامـــلة بين الضرر الواقع على المجنى عليه والضرر الذى سيقع على الجانى بسبب القصـــاص، فى هذه الحالة يتدخل تقدير القاضى الذى يحدد العقوبة باستعمال سلطته الـــتقديرية، وهـــنا نرى أن هذا المبدأ قد فتح الباب على مصراعيه لتطوير الجزاءات المتعلقة بالأضرار البدنية فى الشريعة الإسلامية وذلك بإعطائها وجهة جديدة .

بعد أن أوضحنا ما يمكن عَدُّه جريمة شخصية* فى الشريعة الإسلامية، يبقى لنا أن نـــبين أنه فى نطاق الأضرار البدنية (والجرائم الأخرى ما عدا الأضرار المالية) حيث تطبق فيها سلسلة من الجزاءات الشخصية (القصاص، التعزير بجزاء شخصى، الدّية، الأرش وتقديـــر القاضى) . وبالرغم من تدخل السلطة العامة فى ملاحقة الجريمة وفى تـــنفيذ الأحكـــام، فإنه يبقى هناك مزج فى الشريعة الإسلامية بين المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية (التى ستكون موضوع الجزء – الثانى عن المسئولية المدنية) .

---

* نحن نوافق على وصف بعض الجزاءات بأنها شخصية (مثل القصاص والدية)، لكننا لا نوافق على وصف الجـــرائم التى تطبق فيها العقوبات بأنها جرائم شخصية، لأن الأصل فيها أن جزاءها هو التعزير وهو ليس جزاء شخصيا.

الجزء الثانى

الأضرار المالية

فى مجال الأضرار المتعلقة بالمال، يبرز بوضوح التمييز بين المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية فى الفقه الإسلامى .

وقـد لاحظـنا فى هـذا المجال أن النظام الإسلامى هو الأكثر تقدما، حيث قدم الفقهاء المسلمون نظاما للمسئولية التقصيرية أكثر تطورا وأكثر دقة من النظام الذى نجده فى القانون الرومانى بل وفى الأنظمة والقوانين العصرية الأكثر تقدما .

فى البداية، ميّز الفقهاء المسلمون بين المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية، وكذلك بين المسئولية التعاقدية والمسئولية التقصيرية .

ثم أعـدوا بعـد ذلك نظاما للمسئولية التقصيرية على أساس الخطإ (وفقا لمفهوم النظريتين المادية والشخصية) مع تقرير مبدإ التعسف فى استعمال الحق.

وسـنبحث بإيجـاز التمييز المزدوج بين المسئولية الجنائية والمدنية وبين المسئولية التعاقدية والتقصيرية .

ثم ننتقل بعد ذلك إلى بحث أحكام المسئولية التقصيرية .

١ـ تمييز مزدوج

(أ) **المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية** نجد أن هذا التمييز قائم بوضوح فى حالة ارتكـاب جريمة عامة مثل السرقة. فقد ناقش العلماء المسألة لمعرفة هل يوجد أيضا بجانب العقوبة الحديّة بقطع يد السارق جزاء مدنى وهو التزام السارق بضمان الشىء المسروق.

من المتفق عليه أن السرقة تؤدى إلى دعويين :

(١) دعوى جنائية وهى الجزاء على انتهاك حق الله (فى حرمة الأولى) وموضوعها إقامة الحد بقطع يد السارق .

(٢) دعوى مدنية وهى جزاء التعدى على حق مالى للعبد المجنى عليه فى السرقة .

فى هذه الدعوى الأخيرة،هناك إجماع على إعطاء المجنى عليه حق استرجاع الشىء المسروق بعينه، إذا كان موجودا. أما فى حالة عدم وجوده، فتناقش المسألة لمعرفة إذا مـا كان لدى المجنى عليه دعوى ضمان ضد السارق.وهذا ما يقرره الشافعية الذين يعطون للدعوى المدنية كل الأهمية (البداية ج٧،ص ٤٨ وص٨٥) .

بالإضـــافة إلى ذلك، نرى أن نفس التمييز بين المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية موجـــود فى جرائم أخرى. فمن يشرب الخمر المملوكة لغير مسلم يواجه جزاءين : دعوى جنائية بتوقيع حد الشرب (الجلد) ودعوى مدنية (الضمان كحق للذمى مالك الخمر لأنها مقومة له) .

يخضع القتل الخطأ كذلك إلى دعويين : دعوى جنائية (لإلزامه بالكفارة) ودعوى لدفع الدِّية التى تحل محل الدعوى المدنية * (البداية ٧ص٨٤) . ولهذا يمكن لنا التأكيد على أن الفقهاء المسلمين ميزوا بوضوح بين الدعوى الجنائية والدعوى المدنية فى حالة وجود جريمة عامة . وهاتان الدعويان المختلفتان تحميان حقين مختلفين : حق الله وحق العبد[1] .

---

* رأينا أنها تحل محل الدعوى المدنية بمقدارها، بمعنى أنه إذا كان يستحق تعويضا يتجاوز مقدار الدِّية فعلى القاضى أن يحكم له به مضافا إليه الدِّية وليس بديلا عنها .

[1] توســع التقرير بعد ذلك فى شرح نظرية المسئولية المدنية فى الفقه الإسلامى، ونحيل القارئ الذى يهمه هذا الموضوع إلى النص الكامل للتقرير الذى نشرته مجلة القانون والاقتصاد فى عددها الخاص .

(ب) ـ المسئولية التعاقدية والمسئولية التقصيرية .

فى الشـــريعة الإســـلامية يمكـــن لـــنا أن نميز بين المسئولية التعاقدية و المسئولية التقصيرية، حيث لهذا التمييز أهمية عملية من وجهات نظر كثيرة :

(١) – من وجهة نظر الإثبات : فى المسئولية التعاقدية، كل ما يجب على الدائن هـــو أن يثـــبت العقـــد، وعلى المدين أن يثبت أنه أوفى بجميع التزاماته التعاقدية إما بالتنفيذ وإما بأى شكل آخر .

ولكن الدائن، فى المسئولية التقصيرية عليه أن يثبت الخطأ على الشخص المسئول. لذلك، فإن ورثة الشخص الذى لقى حتفه من جراء سقوط جدار عليه وهو يمشى فى الطـــريق العام، يلتزمون بإثبات المسئولية على صاحب الجدار، وذلك بتقديم البرهان أولا عـــلى أن المـــوت وقع بسبب سقوط الجدار. وثانيا بأن المالك قد أخطأ لأنه تم تحذيره فى السابق من خطورة الجدار (مبسوط ج ٢٦– ص ١١).

(٢) – مـــن وجهـــة نظر الأهلية : الأهلية فى التعاقد تقتضى البلوغ، ولا يمكن للقاصرين أو المختلين عقليا أن يلتزموا تعاقديا .

(٣) – مـــن وجهة نظر تقدير الخطإ : فى هذا النطاق، فإن تقدير الخطإ التعاقدى أكثر صرامة من الخطإ التقصيرى. ونعطى على ذلك مثالين :

أ– الوديـــع – (المودَع لديه) – الذى عرّف شخصا بمكان الشىء المودَع عنده يكـــون مسئولا عن سرقة هذا الشىء إذا قام بها الشخص الذى أعطيت له البيانات (فصـــولين ج١١– ص٨٤)، لأن العقـــد يلزمه بحفظ الشىء، ومن مستلزمات هذا الالتزام ألا يبوح بمكانه للغير. بينما إذا أعطيت هذه البيانات للسارق من قبل شخص ثالث، فإن مسئوليته لا تكون مرتبطة بمسئولية السارق (ضمانات،٢٠٣) .

ب – هـــناك خلاف على مسئولية الشخص الذى يفتح للعصفور باب القفص، وأدى ذلـــك لطيرانـــه، إذا لم يكن هو المودع لديه. لكن هذه المسئولية متفق عليها بالإجماع، بغض النظر عن ظروف طيران العصفور، فى حالة ما إذا كان هذا الشخص الذى فتح باب القفص هو المودع لديه العصفور (وأنه ملزم بحراسته وقد أخطأ بفتح باب القفص) .

وفى الحالة الأولى للشخص غير المودع لديه يكون الخطأ تقصيريا ومشكوكا فيه. وفى الحالة الثانية يكون الخطأ (المنسوب للوديع) تعاقديا ولا شك فيه (فصولين ج١١– ص٨٤).

(٤) – من وجهة نظر أسباب الإباحة (عدم المسئولية) : عندما يتعلق الأمر بالمسئولية الناتجة عن تهديد يؤثر على الإرادة، فإن هذا يكفى لإفساد الالتزام(التعاقدى) . لكن لكى نستبعد المسئولية التقصيرية يجب أن يكون الإكراه كاملا (كأن يكون خطرا على حياة الإنسان أو على سلامة البدن) .

٢ـ أحكام المسئولية التقصيرية

ننتقل الآن لبحث المسئولية التقصيرية . وعلى غرار الأنظمة الحديثة سنبحث الشروط الثلاثة للمسئولية فى الشريعة الإسلامية ألا وهى : الخطأ والضرر والعلاقة السببية .

أـ الخطأ

مفهوم الخطإ فى الشريعة الإسلامية يمثل النقطة الأكثر دقة والأكثر أصالة فى نظرية المسئولية المدنية . وانطلاقا من مفهوم موضوعى وفطرى بحت، فإن الفقهاء المسلمين توصلوا إلى مفهوم أكثر علمية وأقل فطرية وذى اتجاه شخصى أوضح، وذلك عن طريق استعمال دقيق أكثر تلاؤما مع مقتضيات المنطق العقلى .

فى البداية، فإن المفهوم الموضوعى هو الذى تغلب فى نطاق ما يسمى بالضرر المباشر، أى الضرر الذى يندمج فى الفعل ذاته (وهو ضرر يسمى فى القانون الرومانى (corpore et Corpori). وفى هذا النطاق لا يلزم عنصر شخصى، إذ إن الفعل نفسه يندمج فى الضرر ويكون الخطأ . وبخلاف الجرائم التى نص عليها قانون "أكويلا" والتى تنتج عن إتلاف أو نقص مادى فى جسم معين، إذا كان ناشئا مباشرة عن فعل الجانى) * .

أما فى الشريعة الإسلامية، فنجد أن "الضرر المباشر" لا يحتاج إلى أى عنصر يمكن وصفه بأنه خطأ شخصى أو على أى خطإ ولو كان ذلك فى أبسط صوره. ومثال ذلك، فإن الشخص غير المميز أو الطفل أو المجنون هو المسئول عن الضرر الذى أحدثه مباشرة للغير. وقد بلغ تطبيق هذا الحكم أقصاه بقولهم إن الطفل الحديث

---

* حرصه على إقحام أمثلة من القانون الرومانى التزم به لأن التقرير مقدم لمؤتمر دولى فى لاهاى (هولندا) وأغلب الحاضرين فيه من الأجانب الذين يقدسون القوانين الرومانية القديمة ومصطلحاتها .

العهـــد بالولادة الذى سقط ساعة ولادته على شيء يخص الغير ويتسبب فى إتلافه، يكون الطفل ضامنا له برغم أنه لا يمكن أن ينسب إليه أى خطإ .

وفى مقـــابل "الضـــرر المباشر" وضع الفقهاء المسلمون "الضرر بالتسبب"، وهو الضـــرر الـــذى لا يندمج فى نفس الفعل ولكنه فقط نتيجة له. وهنا مثال كلاسيكى لتوضـــيح هـــذا الـــتمييز : شخص يقوم بقطع الحبل الذى يتدلى منه قنديل فيسقط القنديل ويتهشم . إن عملية قطع الحبل هى "الضرر المباشر" بينما الضرر الأكثر أهمية وهو تهشيم القنديل يُعَدُّ "الضرر بالتسبب" .

وفى مجال "الضرر بالتسبب"، لم يكتف الفقهاء المسلمون بتقرير المسئولية من جراء وقـــوع الضـــرر، بل يجب أن يكون العمل الذى تسبب فى الضرر قد ارتكب بدون وجـــه حق، أو أن يكون عملا غير مشروع. ولتوضيح الفارق بين "الضرر المباشر" و"الضـــرر بالتســـبب"، نقول عادة إن العمل الذى يحدث ضررا مباشرا هو سبب مستقل للضرر (لذلك يترتب عليه مسئولية تقصيرية لأنه عمل غير شرعى فى ذاته) . فى حـــين أن العمـــل الذى يتسبب فى ضرر لا يكون مستقلا، ويجب أن يثبت أن له طابعا غير شرعى لكى تترتب عليه المسئولية .

ومع ذلك، فإن الفقهاء، حتى فى مجال "الضرر بالتسبب"، ارتبطوا أيضا فى البداية بمفهـــوم موضوعى . وكانت نقطة انطلاقهم، كما يقول الأستاذ "طيان" فى تقريره، ليســـت عنصـــرا نفسيا بل مفهوما قانونيا بحتا، لأنهم وضعوا مبدأ فى مجال "الضرر بالتسبب" وهو : أن مرتكب العمل الذى يكون سببا فى الضرر للغير يكون المسئول عـــن هـــذا الضرر شرط أن يكون العمل الذى قام به "تعديا". و"التعدى" هو القيام بعمل بدون وجه حق. ونذكر هنا مثالين على ما سبق ذكره : شخص يحفر حفرة أو بئرا بدون ترخيص فى الشارع، يصبح مسئولا عن فقدان الحيوان الذى وقع فى هذه الحفرة ويلقى فيها حتفه . ذلك، لأن هذا الشخص تصرف بدون وجه حق . فلو فتح هذه الحفرة فى ملكيته الخاصة أو بموافقة السلطات، يكون العمل الذى قام به قانونيا ولا يكون مسئولا عن نتائجه الضارة بالتسبب، وعلينا ألا نبحث عما إذا كان الذى تســـبب فى الضرر قد مارس عملا خارج نطاق الحدود التى يراعيها إنسان له سلوك وذكاء عادى (معيار شخصى) . فالمعيار الوحيد موضوعى، وهو شرعية العمل الذى قام به.

ونختار المثال الثانى فى مجال ما يسمى بالغصب أو الإتلاف اللذين يشكلان التطبيقين الأساسين للمسئولية التقصيرية فى الشريعة الإسلامية. والغصب هو أخذ شيء مملوك للغير بطريقة غير شرعية، كما أن حيازة شيء مملوك للغير بدون حق حتى وإن كان بحسن نية وبدون عنف يُعَدّ غصبا، ويكون هذا العمل غير شرعى لأنه ارتُكِب بدون وجه حق . نأتى الآن إلى التطبيق المذكور. يجب على المغتصب أن يعيد الشيء الذى استولى عليه بدون وجه حق إلى صاحبه. ولكن إذا افترضنا أن الحائز على شيء يخص الغير بحسن نية أو بدون وجه حق، ولأى سبب من الأسباب هلك هذا الشيء بقوة قاهرة أو نتيجة لحادث غير متوقع، فهو مع ذلك يكون ضامنا لقيمة الشيء لصاحبه لأنه كان يحوزه بدون وجه حق .

إذن، وفى مجالى "الضرر المباشر" و "الضرر بالتسبب"، تمسك الفقهاء المسلمون بمفهوم موضوعى بحت . وسنرى الآن أن مجال "الضرر المباشر" سيبقى كاملا وسليما. بينما سيتركز اجتهاد الفقهاء على مفهوم "التعدى" فى مجال "الضرر بالتسبب"، إذ إنهم سيصلون تدريجيا من مفهوم موضوعى إلى مفهوم أكثر شخصية حيث سيتدرجون فى معنى كلمة "التعدى" ليصلوا إلى مفهوم يقارب "الخطأ" فى القانون الحديث. ومنذ الآن، فإن التعدى الذى كان فى السابق عملا غير شرعى (موضوعيا) بدون خطإ، سيصبح عملا غير شرعى بالإهمال، وكذلك عملا غير شرعى بإساءة استعمال الحق.

وبذلك سنكون مسئولين عن عمل (غير مشروع) فى الأحوال الآتية :

١- عندما نتجاوز حقوقنا حتى بدون إهمال .

٢- عندما نتجاوز حقوقنا بإهمال .

٣- عندما لا نتجاوز حقوقنا، ولكننا نتعسف فيها (تعسف فى استعمال الحق).

لقد بحثنا الافتراض الأول، وبقى لنا أن نتابع تطور الفقه الإسلامى فى الاحتمالين الأخيرين، وهما تجاوز الحق مع الإهمال أو التعسف فى استعمال الحق .

- **تجاوز الحق مع الإهمال** : هنا ننتقل من المفهوم الموضوعى إلى المفهوم الشخصى . حيث إن الإهمال هو حالة نفسية، يُعَدّ أساسا للمسئولية .

ولكن هذه المسئولية الشخصية تقوم على معيار مزدوج: موضوعى وشخصى. فالإهمال يكون مقياسه خارجيا عندما يكون السلوك غير عادى . فمثلا إذا سكبنا

الماء فى الطريق العام بطريقة تزيد على الحد ونتج عن ذلك انزلاق وجرح أحد المارة، أو إذا أشعلنا نارا من العادة ألا نشعلها .

لذلك، وتطبيقا لهذا المبدإ، فإن صاحب المهنة لا يكون مسئولا إلا إذا تجاوز عرف المهنة .

وننتقل من المعيار الموضوعى إلى المعيار الشخصى، حيث يُعَدّ الشخص مخطئا عندما لا يعمل ما كان يجب عمله لتفادى الضرر .

ونســوق عــلى ذلك مثالين: (١) فرد من الأفراد يقود قافلة، وحدث أن أحد الجمــال دهس أحد المارة. هنا يكون السائق مسئولا لأن من واجبه أن يسهر على حسن سير القافلة، وكان بإمكانه تفادى هذا الحادث . لذا هو معتد بالإهمال .

(٢) أن حــدادا يشعل نارا وتصيب شعلة منها أحد المارة فى الطريق. هنا لا يكون الحــداد مســئولا إلا إذا أشعل النار خارج دكانه إلى درجة كانت تمكنه من معرفة أن هذه النار يمكن أن تصيب أى شىء موجود بالشارع (حامدية ج ٦- ص٤٢) .

ولا داعــى للقول بأن تعمد الإضرار هو أقصى صورة للخطإ الشخصى، فهو إلى جانب التعدى أساس للمسئولية .

- **التعسف فى استعمال الحقوق** :عــرفت الشريعة الإسلامية نظرية التعسف فى اســتعمال الحقوق فى صورتيها الموضوعية والشخصية (قبل القوانين الوضعية بزمن طويل) .

فى الصورة الموضوعية، تتلخص النظرية فى الصيغة التالية : إن ممارسة الفرد لحقه تحمله المسئولية فى حالة ما إذا نتج عن هذه الممارسة ضرر مبالغ فيه غير طبيعى للغير.

ونجــد مثالا على هذا التعسف فى حالة المالك الذى يحول منزله إلى حمام عمومى يخرج منه دخان كثيف يضر ضررا كبيرا بجيرانه (برازية ج٦ - ص٤١٥) .

كذلــك، الجار الذى يقوم بتعلية جدار منزله بطريقة تجعل المنور الوحيد الذى يمر منه الضوء إلى دكان نساج (مجاور) مغلقا، وعليه أن يهدم الجزء من الحائط الذى يمنع الضوء عن جاره (حامدية ج٢- ص٢٦٥) .

كما يُعَدّ ضررا زائدا وغير طبيعي كل من يجرى تعلية يطل منها على مكان الحريم فى بيت جاره.

وفى الصورة الشخصية تحدد النظرية مسئولية الفرد الذى يكون عند ممارسته لحقه مدفوعا بنية الإضرار بغيره، مثل الشكوى (المتهورة) المرسلة إلى السلطة ضد شخص مـــا. فإذا كان المبلغ قد تعمد الكذب، أو حتى لو قال الحقيقة ولكنه لم يعمل ما يلزم لمنع ضرر وقع أو محتمل الوقوع للغير، يكون مسئولا. وليس من الضرورى أن يتوافر لدى الشخص نية الإضرار بالغير، بل يكفى أن يكون قد تصرف (بتسرع) بدون أى مصلحة شرعية مما أحدث ضررا بالغير .

افتراض الخطأ : قـــبل أن نـــنهى البحث فى مسألة الخطإ، يجب الإشارة إلى أن الشريعة الإسلامية لا تعترف بافتراض الخطإ. فالرئيس غير مسئول عن عمل تابعه ولا الأب عن عمل طفله، إلا إذا كان هناك أمر صريح منه (صادر من الرئيس أو الأب) وفى هذه الحالة يمكن لنا أن نفسر المسئولية بنظرية الإكراه بدلا من الالتجاء إلى نظرية الخطإ المفترض .

أما بالنسبة للمسئولية عما يحدثه الحيوان، يوجد مبدأ معروف، نلخصه فيما يلى : "جناية الحيوان لا تستوجب التعويض"، ويعبرون عنه بقولهم: "جناية العجماء جبار" .

لذلـــك، فإن حارس الحيوان لا يكون مسئولا إلا إذا ثبت وقوع الخطإ من جانبه حـــتى إن كان مجرد خطإ سلبى يوصف بأنه امتناع خاطئ. وتوضح المادة ٩٢٩ من المجلة "أن صاحب الحيوان إن رآه يتلف ملك غيره دون أن يمنعه من فعل ذلك، فإنه يكـــون مسئولا عن الضرر". (انظر كذلك المواد ٩٣٠، ٩٣١، ٩٣٢، ٩٣٤ من المجلة والصفحة ١٥ من تقرير جود بى) .

بـــل إن الشـــافعية وصـــلوا إلى نوع من قرينة الخطإ فى بعض الأحوال: "نقرأ فى الوجيز ج ١١– ص١١٣) أن حراسة الحيوان خلال الليل هى من مسئولية صاحبه. هنا نجد قرينة خطإ ضده. لأنه كان عليه أن يحرس الحيوان وأن يمنعه من الهروب حتى لا يحـــدث أضـــرارا. فإذا كان الحيوان يهرب ويحدث أضرارا، فإن معنى ذلك، أن صاحبه لم يقم بواجبه فى حراسة الحيوان .

ويبقى الآن أن نبحث المسئولية عن الأشياء الجامدة .

يتمســـك الفقهـــاء المسلمون بمبدإ أن المسئولية لا تنشأ إلا عن عمل صادر عن نشاط مباشر للإنسان . فلا مسئولية فى حالة مالك الشيء (كما إذا سقط جداره)،

طالما لا يوجد عمل إيجابي من جانبه يكون سببا مباشرا أو غير مباشر للضرر (بحر، ج ٨ - ص٣٥٣) .

وفى حالة سقوط جسم منقول وضعه مالكه على جداره، يقولون هنا أيضا : "طالما أن هـــذا الشيء قد وضع فى ملكه"، فإنه لم يقم بأى تعدٍّ أو بأى عمل غير مشروع (بحرج ٨ - ص٣٥٣) . فى هذا المجال، طبقت الشافعية المبدأ تطبيقا كاملا .

أما الحنفية، فكانوا أكثر مرونة وأقرب إلى فكرة افتراض الخطإ .

وبصفة عامة، تسلم الحنفية بمسئولية مالك الجدار الذى به عيب فى الإنشاء يجعله خطرا على الغير. هنا، فإن المالك لا يتحمل مسئولية الضرر الذى تسبب بتشييده لهذا الجدار، إلا إذا كان قد تلقى تحذيرا مسبقا بهذا الخصوص. ولكن إذا كان المالك قد تجاوز فى بناء الجدار حدود ملكه لملك الغير، فى هذه الحالة لا يشترط الإنذار المسبق.

ب ـ الضرر

إن الشـــرط الـــثانى الضرورى لتحقيق المسئولية التقصيرية هو الضرر. فقد أصر الفقهـــاء المســـلمون على أن يكون العمل الخاطئ قد تسبب فعلا فى ضرر حقيقى. فالشـــخص الـــذى يذبح شاة مملوكة للغير، ولكنه يتوصل إلى إثبات أنها كانت على وشـــك المـــوت عندما قام بذبحها، يكون غير مسئول . أو من يتلف عملة زائفة، لا يكون مسئولا لأنه لم يحدث ضررا نتيجة الإتلاف .

علينا أن نقوم بإصلاح الضرر المباشر بالكامل . مثلا فى حالة الشخص الذى يذبح حمـــلا صغيرا، يكون مسئولا ليس فقط عن فقدان هذا الحمل، وإنما يسأل أيضا عما تـــرتب على ذلك من جفاف حليب أمه (فصولين ج٢،ص٨٧) . كما أن من يتهم شخصـــا زورا أمـــام الحاكم، لا يكون مسئولا فقط عن العقوبة التى حكم بها عليه ظلما، وإنما يسأل عن موت هذا الشخص فى أثناء محاولته الفرار هربا من هذا الحكم الظالم (رد ج٥، ١٨٦).

إن الضرر المادى وحده هو الذى يستحق الضمان . أما الضرر الأدبى وحده، فلا يـــترتب عـــليه المسئولية المدنية . ويقول بعضهم إن الإهانة، حتى ولو تسببت فى ألم نفسى للغير لا يترتب عليها التعويض (بحرج٨ ،ص٣٤-مبسوط ج١٦، ص٨١) .

(لو شتمه شتما يؤلم نفسه لا يضمن شيئا)

الأصل أن الضمان يجب أن يكون عينيا . ولكن فى حالة استحالة رد الشىء عينا، يجب التعويض عنه . "إذا كان الشىء الذى وقع إتلافه مثليا، يجب الرد بمثله . أما إذا كان غير مثلى فإنه يدفع ثمنه" (البدائع ج٧،ص١٦٨) .

فى تحديد التعويضات، بالرغم من الاتجاه فى الفقه إلى وضع القيود الجامدة، فإن أبا يوسف لا يقبل بهذا الجمود، ويرى أنه من الضرورى أن يكون تعويض الضرر عادلا (هندية ج٦، ص٥٤).

فى الشـــريعة الإسلامية، يجوز الإكراه البدنى على المدين القادر الممتنع عن سداد دينه المدنى .

وفى حالة تعدد المسئولين، لا يكونون متضامنين بل يلتزم كل منهم بنصيبه .

ج- علاقة السببية

المفهوم الموضوعى لعلاقة السببية

قدم الفقهاء المسلمون مفهوما ضيقا لعلاقة السببية . فقد وضعوا مبدأ أن الضرر يجـــب أن يكون مقصورا على نتيجة العمل التقصيرى (الخاطئ) . فإذا ما توسط أمر بين العمل والضرر، تنقطع علاقة السببية .

وقـــد طـــبق هذا المبدأ بصرامة زائدة فى المثال الآتى : شخص يطلق حيوانا فى الشارع العام لا يكون مسئولا عن هذا العمل، فى حالة ما إذا كان هذا الحيوان بعد أن مشى فى الاتجاه الذى دفعه إليه صاحبه يقف برهة ثم يغير اتجاهه، مما يسبب ضررا، لأن عمـــل هذا الشخص قد انقطع بسبب وقوف الحيوان، والضرر الواقع بعد ذلك ليس نتيجة عمل هذا الشخص ولكنه نتيجة الحركة الخاصة بالحيوان (فصولين ج١١ – ص٨٤) .

كذلـــك، فـــإن الشخص، فى نظر صاحب (الفصولين ج١١ – ص ٨٥)، الذى يفتح باب القفص ويهرب منه الطائر، لا يكون مسئولا لأنه بعد العمل الذى قام به، قام الطائر بعمل آخر بالخروج من القفص بإرادته واختياره وانقطعت علاقة السببية فى نظر هذا الفقيه .

وقـــد أوردت المجلة هذا المبدأ فى المادة ٩٠ كما يلى : "إذا وجد فى نفس الوقت فاعل مباشر،بمعنى أنه شخصيا يرتكب عملا، وشخص آخر كان السبب غير المباشر فى هذا العمل، يكون الأول هو المسئول الوحيد (لأنه ارتكب الفعل المباشر) .

وعبر عن ذلك بقولهم : "إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر" .

وتطبيقا لهذا المبدإ، نقرأ فى الوجيز ج٢، ص٩١ ما يلى : "فى كل مرة اجتمع فيها عاملان فى إحداث النتيجة، فإن الأوْلى (الأقوى) يتحمل المسئولية . فالشخص الذى يحفر حفرة فى الطريق العام لا يكون مسئولا إذا جاء شخص آخر ووضع حجرا على حافة الحفرة فاصطدم به أحد المارة وسقط فى الحفرة ولقى حتفه، لأن هذا الأخير هو المسئول الوحيد عن هذا العمل (بحر ج٨،ص٣٤٩) .

الخروج عن المبدإ : لم يلبث هذا المفهوم الضيق أن تحدث به خروقات. فقد توصل الفقهاء المسلمون إلى القول بأنه لكى يعفى المتسبب فى الضرر من المسئولية يجب ألا

يكون العمل الذى قام به يمكن أن يؤدى إلى هذا الضرر وحده، لأنه فى هذه الحالة، فإن المتسببين فى هذا الضرر يشتركان فى المسئولية .

"إن المتسبب إنما لا يضمن مع المباشر إذا كان السبب (المنسوب له) شيئا لا يعمل بانفــراده فى الإتلاف. أما إذا كان السبب يعمل بانفراد فيشتركان" (الرد ج ٥،ص ٥٣٢) . فمـــثلا، حصان يركبه شخص ويقوده شخص آخر يدهس أحد المارة. فإن السائق الذى يُعَدّ المتسبب فى هذا الضرر يكون مسئولا هو والراكب .

هـــناك قيـــد ثان : تستبعد مسئولية المتسبب الأول فى الضرر وتستبقى مسئولية الـــثاني، فى حالة ما إذا كان العمل الذى قام به الأول لا إراديا أو نتيجة قوة قاهرة . فالذى يقع (خطأ) فى حفرة مفتوحة بدون وجه حق فى الطريق العام على شخص آخر كـــان موجودا من قبل فى هذا الحفرة فيقتله، لا يكون مسئولا وإنما المسئول الوحيد هو الشخص الذى حفر الحفرة لأن خطأه يُعَدُّ الأوْلى (الأقوى) .

وأخيرا، وصلنا إلى القول بأن من أحدث السبب الأضعف يتحمل المسئولية إذا لم نقـــرر مســـئولية من أحدث السبب الأقوى . لذلك، فإنه إذا كان من وضع الحجر مجهولا، يكون مسئولا من حفر الحفرة ويلتزم بتعويض الضرر الذى حدث للشخص الذى اصطدم بالحجر ووقع فى الحفرة .

وهكـــذا، نـــرى أن مفهوم السببية قد أصبح شيئا فشيئا أكثر مرونة، وابتعد عن المفهوم الموضوعى الذى أشرنا إليه آنفا.

لقـــد رأيـــنا أن البعض قد ذهب إلى أن الشخص الذى يتهم باطلا شخصا آخر يكون مسئولا عن النتائج المترتبة عن هذا الاتهام الباطل، بما فى ذلك ما يحدث للمتهم الـــذى، فى أثـــناء استجوابه، يحاول الفرار بالقفز فيسقط ويموت أو يصاب بالجروح (فصولين ج٢،ص٧٩) .

أسباب الإعفاء : تستبعد المسئولية، إذا أتى الضرر من جراء حادث عارض أو قوة قاهرة أو فعل الغير. مثل ذلك، طفل يخطف من والديه ويموت بين يدى خاطفه بسبب صاعقة تصيبه، لا يكون الخاطف مسئولا عن وفاته (بداية ج٧،ص١٦٦) .

كذلك، حصان جمح فى الطريق العام وتسبب فى قتل أحد المارة . فى هذه الحالة، لا يُعَدّ الفارس مسئولا لأن حركة الحصان كانت على درجة كبيرة من القوة والعنف إلى درجة لم يتمكن معها من السيطرة عليه (ضمانات ص١٦٦) .

وحصان يقوده شخص يرفس أحد المارة ويسبب له ضرر . ولكن حركة الحصان لم تكن طبيعية، بل أنها كانت نتيجة وخزة قام بها أحدهم (غير القائد) . هنا لا يكون قائده مسئولا (مبسوط ج١٦،ص٢) .

أسباب الإباحة : الدفاع الشرعي هو من أسباب الإباحة . فالشخص الذى يتعرض للهجوم بسلاح، سواء كان بالليل أو بالنهار، ويقتل المهاجم أو يسبب له ضررا أدنى، لا يكون مسئولا لأن "المهاجم قد أباح دمه بنفسه". وهنا توجد ضرورة، وهى ضرورة منع الخطر (هداية ج٤،ص١٣٣) . كذلك، المرأة التى تتعرض لمحاولة اغتصاب وليس أمامها إلا قتل المهاجم . فى هذه الحالة، لا تكون المرأة مسئولة عن هذا القتل، لأنها لم تجد وسيلة أخرى غير ذلك لحفظ نفسها (ضمانات ص١٦٦) .

إن حالـة الضـرورة ليست سببا للإباحة . فالمادة ٣٣ من المجلة تنص على :"أن الضرورة لا تسقط حق الغير (مدنيا). وهكذا،فإن الشخص الذى يوشك على الموت جوعـا ويسـتولى على طعام غيره، يجب عليه دفع قيمة هذا الطعام". وتضيف المادة ٩١٩ مـن المجلة : "أن المالك الذى يهدم منزل جاره لتجنب الحريق الذى اندلع فى الحى من أن ينتقل إلى منزله، يلتزم بتعويض هذا الجار" .

ولكـن إذا كـانت حالة الضرورة نتيجة إكراه ملجئ (ضرورة ملجئة – خطر يهدد حياة الشخص أو فقد أحد أعضائه)، فإنها تكون سببا من أسباب الإباحة .

إن الأمر الصادر عن السلطة الشرعية يمنع المسئولية. فالذى يحفر حفرة فى الطريق العام بأمر من السلطة الشرعية أو حتى بإذن منها لا يتحمل مسئولية الأضرار الناتجة عن عمله . (خانية ج٣، ص٢٠٧) و(البدائع ج٧، ص٢٧٧) .

كذلك، فإن رضاء المتضرر المسبق يسقط المسئولية (المدنية)، ذلك أنه إذا ألزمناه بالتعويض، فسوف يكون له الحق فى الرجوع على من يطلب منه ذلك . وهذا نوع من الدور .

"إذا أتـلف مـال الإنسان بإذنه لا يجب الضمان لأن عدم الوجوب ليس لعدم العصـمة، بـل لعدم الفائدة لأنه لو وجب الضمان عليه لكان له أن يرجع عليه بما ضمنه فلا يفيد" (البدائع ج٧،ص١٦٨) .

الخاتمة

لقد طفنا بالمبادئ الجوهرية للمسئولية المدنية والجنائية فى الشريعة الإسلامية . ولم يبق لنا إلا أن نستخلص منها بعض النتائج .

١ – نلاحظ أن الاتجاه الموضوعى هو الغالب فى الشريعة الإسلامية . لقد رأينا أن هـذا الاتجاه كان واضحا وجليا فى نظرية المسئولية بسبب الأضرار البدنية . كما أن نفس النظرية تهيمن أيضا على المسئولية بسبب الأضرار التى تصيب المال . كل ضرر مباشـر يُعَدّ موضوعيا، بل إن مفهوم الخطإ والضرر وعلاقة السببية ونظرية التعسف كلها مشبعة بالموضوعية .

هـذا الاتجـاه الموضوعى المسيطر فى فقهنا يسهل علينا فى الواقع قبول النظريات الموضـوعية العصرية، مثل نظرية تحمل التبعة ومسئولية الأشخاص عديمى التمييز فى نطاق الشريعة الإسلامية .

ومـع ذلك، فإن الاتجاه الشخصى لم يتأخر عن الظهور، وبدأ يتحرك تدريجيا فى عدة مجالات كانت من قبل لا تقبل إلا وجهة النظر الموضوعية . وهكذا، فإن مفهوم الخطإ وكذلك مفهوم علاقة السببية قد تطورا بشكل ملموس فى اتجاه شخصى .

٢ – وكما عرضته فى السابق، فإن الفقه الإسلامى يحتوى فى حد ذاته على نواة تطـوره . وليـس من الصعب أن نقوم بتحديد الخط الفاصل بين المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية . فبالنسبة للمسئولية الجنائية، رأينا كيف أن الشريعة الإسلامية تَعُدّ بعض الأفعال جرائم عامة تستوجب عقوبات حدية مقررة بنصوص شرعية (الحدود)، وتستلزم أدلة قانونية متعذرة التحقيق . فإذا تركنا جانبا هذه الجرائم التى يصعب فيها الإثـبات، أمكنـنا وضع نظام جنائى عصرى فى الشريعة الإسلامية باستعمال نظرية التعازير .

ويمكن للمشرع فى مختلف الدول المسلمة، ودون الخروج عن نطاق هذا النظرية، أن يجـرم فى البداية أفعالا معينة، وأن يحدد لها عقوبات بنصوص مقننة . كما أنه فى إمكانه أن يفوض القاضى فى ذلك، كلما اقتضى الحال .

٣– أمـا بالنسـبة للمسئولية المدنية، فإن الشريعة الإسلامية تبدو أكثر تقدما فى مجـال تعويـض الضرر الذى يصيب المال . لقد وصل الفقهاء المسلمون فى تطوير

مفهومهم للخطإ بشكليه الموضوعى والشخصى، إلى درجة تغنينا عن التطلع للأنظمة الحديثة . ففى مجال الأضرار البدنية، لا يزال تطور الشريعة الإسلامية متوقفا . ولكننا لدينا ما يفتح لنا الطريق لهذا التطور الضرورى بالتوسع فى سلطة القاضى التقديرية . فـإذا تركنا الحالات التى يجب فيها القصاص أو الدية، وهى حالات نادرة كما سبق ورأينا، فإننا سنجد أنفسنا أمام الأضرار البدنية التى تركت للتقدير المطلق للقاضى . إذن، فـإن الطريق مفتوح لإعداد نظام للمسئولية المدنية بجميع صورها، لا سيما أن نظـرية التعزير، بغض النظر عن مجالى الأضرار البدنية أو الأضرار التى تصيب المال الـتى تقابلها نظرية العقوبات العمومية، ستسهل مهمة القاضى فى إعداد هذا النظام، بشرط أن نميز فى هذا النطاق بين الجزاء الشخصى والجزاء العام .

وبناءِ عليه، يمكن مواصلة تطوير النظام الإسلامى فى مجال المسئولية بواسطة ثلاثة مبادئ أساسية : نظرية العقوبة العامة فى التعازير التى ستكون حجر الأساس فى إعداد قـانون جنائى حديث، ونظرية الجزاء الشخصى، وتوسيع سلطة القاضى التقديرية . وستكون هذه المبادئ الثلاثة نقطة انطلاق نظام المسئولية المدنية لتساير متطلبات كل عصر .

ملحـــــــوظة

التزمـــنا بـــترجمة عباراته الفرنسية فيما نقله عن كتب التراث بما فى ذلك اختصاره لأسماء الكتب ، ولفائدة كل باحث يرغب فى الرجوع إلى الأصول العربية لتلك الكتب، نورد هنا بيانها لمزيد من الوضوح :

البداية ج٧	– للميرغنانى .
المبسوط ج٢٦ – ج١٦	– للسرخسى .
الفصولين ج١١ –ج٢	– قاضى سماوة .

مجمع الضمانات ج٢ –ج٢ – البغدادى .
الحامدية ج٦ –ج٢ – الفتاوى الحامدية.
برازية ج٦ – الفتاوى البرازية .
مجلة الأحكام العدلية المواد ٩٣٠ – ٩٣٤ .
الوجيز ج١١ – الرافعى (الشافعى) .
البحر ج٨ – ابن نجيم الحنفى .
رد المختار ج٥ – لابن عابدين .
البدائع ج٧ ص١٦٨ – بدائع الصنائع للكاسانى.
الفتاوى الهندية ج٦ – مجموعة من علماء الهند.
الوجيز ج٢ – الرافعى (الشافعى) .

فهرس (ج)
أركان الجريمة "عوده"
الحاشيــة (الشاوى)
الجزء الثالث ـ من المجلد الأول
الأركان العامة للجريمة

بحمد الله

رقم الإيداع ٥٣٦٤ / ٢٠٠١
الترقيم الدولى 1 - 0711 - 09 - 977

مطابع الشروق
القاهرة :٨ شارع سيبويه المصرى ـ ت:٤٠٢٣٣٩٩ ـ فاكس:٤٠٣٧٥٦٧ (٠٢)
بيروت : ص.ب: ٨٠٦٤ ـ هاتف : ٣١٥٨٥٩ ـ ٨١٧٢١٣ ـ فاكس : ٨١٧٧٦٥ (٠١)

الموسوعة العصرية
في
الفقه الجنائي الإسلامي

● هذه هي الطبعة الثانية منقحة وموسعة من كتاب التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي المجلد الأول للقاضي الفقيه عبد القادر عوده الذي خصصه للقسم العام في الفقه الجنائي الإسلامي، وهو أول فقيه يتصدى لإعداد هذه الدراسة في فقهنا؛ حيث إن أسلافنا لم يقدموا لنا أي دراسة خاصة للقسم العام لأنهم كانوا يحرصون على دراسة كل جريمة على حدة من حيث إجراءتها وأحكامها وعقوباتها. وتبين لنا أن هناك تطورات فكرية وعلمية وضرورات اجتماعية وسياسية ودراسات فقهية وقانونية خلال الخمسين عاما التي مضت منذ صدور كتاب القاضي عوده تستلزم إضافات ودراسات جديدة تحوله إلى موسوعة عصرية في الفقه الجنائي.

● وهأنذا أقدم القسم العام أملا أن يشارك أكبر عدد من زملائي من الأساتذة والباحثين المتخصصين في دراسة جرائم القسم الخاص العديدة التي تتزايد كل يوم؛ لأن أهمية الموسوعة لا ترجع لعدد أجزائها وصفحاتها وإنما تقاس بعدد الأساتذة المشاركين فيها وما يقدمونه من أبحاث ودراسات مستحدثة لمواجهة مشكلات العصر؛ لأن شريعتنا هي شريعة علم وفقه واجتهاد، وأحكامها هي ثمرة جهود متكاملة من أجيال متوالية من الأئمة والفقهاء والعلماء والباحثين وليست مجرد تقنينات تفرضها الدول.

د. توفيق محمد الشاوي

الموسوعة العصرية
فى
الفقه الجنائى الإسلامى

كتاب عبد القادر عوده

مع تعليقات آية الله السيد إسماعيل الصدر
وآراء للدكتور توفيق الشاوى والمشاركين

الجزء الرابع من المجلد الأول
من كتاب التشريع الجنائى الإسلامى مقارنًا بالقانون الوضعى

مركز السنهورى

[illegible]

الموسوعة العصرية
فى
الفقه الجنائى الإسلامى

الطبعة الأولى
١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م

القاهرة : ٨ شارع سيبويه المصرى -
رابعة العدوية - مدينة نصر
ص . ب : ٣٣ البانوراما - تليفون : ٤٠٢٣٣٩٩
فاكس : ٤٠٣٧٥٦٧ (٢٠٢)
البريد الإلكتروني: email: dar@shorouk.com

كتاب عبد القادر عوده

مع تعليقات آية الله السيد إسماعيل الصدر

وآراء للدكتور توفيق الشاوى والمشاركين

الموسوعة العصرية

فى

الفقه الجنائى الإسلامى

الجزء الرابع من المجلد الأول

من كتاب التشريع الجنائى الإسلامى مقارنًا بالقانون الوضعى

مركز السنهورى

دار الشروق

تقديم

***

هذا الكتاب جعل فقيهنا عنوانه "العقوبة"، وسيرى القارئ أننا اعترضنا على هذا العنوان، وأننا نفضل الكلام عن الجزاءات الجنائية بدلا من العقوبات، لأن تشريعنا الجنائى يختلف جوهريا عما يسمى الآن بقانون العقوبات. وكلمة الجزاءات أوسع نطاقا فى نظرنا من العقوبات، إذ يوجد فى تشريعنا جزاءات مدنية أو مالية (مثل الدية)، وهناك جزاءات تربوية وإصلاحية وتهذيبية ودينية (مثل الكفارات). هذا فى الحدود، أما فى التعازير، فإنها تمتاز بأنها لا تنحصر فى التعازير العقابية، وإنما يوجد إلى جانبها تعازير إصلاحية وتربوية وهى الجزء الأهم فى نظرى فى التعزيرات، ويدخل ضمنها ما يسمى فى القوانين الوضعية بتدابير الوقاية والاحتراز. لذلك لا نوافق على وصف التعازير بأنها عقوبات .

وقد اختلف فلاسفة القوانين الوضعية فى نظرتهم إلى العقوبات فى التشريع الجنائى الوضعى، فبعضهم يَعُدّ هدف العقوبة الأصلى الإيلام والزجر، والبعض الآخر يرى أن هدفها يجب أن يكون علاج الجانى لأنه فى الحقيقة مريض، ومرضه ناشئ عن أسباب وراثية أو اجتماعية أو خلقية، فمصلحة المجتمع تستلزم علاجه لأنه أولى بالعلاج منه بالزجر والإيلام .

وقد جمعت شريعتنا بين هذه الهدفين، ولكنها أعطت الأولوية للهدف الإصلاحى والعلاجى، وذلك بتشريع التوبة التى إن صحت تكون أقصر طريق إلى الإصلاح، وتسقط العقوبة وخاصة إذا كانت عقوبة بدنية حدية .

وبذلك، تحولت وظيفة العقوبات البدنية الحدية لتصبح مجرد عقوبة تهديدية هدفها التهديد والتخويف لكى تدفع الجانى إلى التوبة. فالتوبة إذن هى الهدف الأساسى لتشريعنا الجنائى، ولذلك قلنا إنه ليس قانونا للعقوبات وإنما هو قانون للتوبة .

* * *

أما التعازير، فإنه لا حاجة للقول بسقوطها بالتوبة لأنها نوعان: أحدهما تعازير عقابية، والثانى تدابير تربوية إصلاحية. فالقاضى (أو المقنن) عندما يقتنع بتوبة الجانى يكتفى بمجازاته بتعزير غير عقابى يصل إلى حد النصح والتوبيخ .

والتوبة فى نظرنا هى الأساس الذى تُبْنى عليه التشريعات الوضعية وقف تنفيذ العقوبة أو الوضع تحت الاختبار، وكلاهما يمكن للقاضى الشرعى أن يلجأ إليه للتأكد من صدق التوبة .

أ – فالوضع تحت الاختبار يسمى فى العصر الحاضر **probation** لفترة معينة حتى يتأكد من نتيجة التدبير التربوى والتهديد بالعقوبة، أى أنه يؤجل الحكم فى القضية إلى أن تنتهى مدة هذا الاختبار. فإذا تأكد أن هذا التدبير الإصلاحى حقق الهدف – وهو توبة الجانى وانصلاح حاله – كان له أن يكتفى بالتدبير التربوى الذى أمر به. وإذا تبين له أن المتهم لم ينصلح حاله فيحكم عليه بالعقوبة .

ب – أن يحكم بعقوبة موقوفة التنفيذ لمدة معينة بعدها تصبح نافذة إذا ثبت على الجانى أنه لم ينصلح حاله وأن التدبير التهذيبى والتربوى والوقائى لم يكن كافيا فلا بد أن يكمله بالعقوبة .

عوده ٤٣٧ - *منهج البحث* : يقتضى البحث فى العقوبة أن نتكلم على :

١ - العقوبة بصفة عامة والمبادئ التى تقوم عليها .

٢ - أقسام العقوبة وما يدخل تحت كل قسم من عقوبات .

٣ - تعدد العقوبات .

٤ - استيفاء العقوبات .

٥ - العود .

٦ - سقوط العقوبات .

وسنخصص لكل موضوع من هذه المواضيع بابا خاصا .

الكتاب الثانى

فى العقوبة (أو الجزاءات الجنائية)

443 - 438

❁ 437 – ست أبواب فى هذا الكتاب :

يشمل هذا الكتاب ست موضوعات أشار إليها بالترتيب – وخصص لكل منها بابا :

الباب الأول : مبادئ عامة .	443 - 438	= 6 بنود .
الباب الثانى : أقسام العقوبات.	506 - 444	= 63 بندا .
الباب الثالث : تعدد العقوبات.	511 - 507	= 5 بنود .
الباب الرابع : استيفاء العقوبات.	524 - 512	= 13 بندا.
الباب الخامس: العود .	526 - 525	= 2 بندان .
الباب السادس: سقوط العقوبة .	537 - 527	= 11 بندا .

وقد لاحظنا أن سبب تضخم الباب الثانى (الخاص بتقسيم العقوبات) أنه استطرد فيه إلى كثير من الأحكام الخاصة بالجرائم المختلفة لبيان علاقة كل جريمة بالعقوبات المقررة لها، ولم يقتصر على بحث ما يتعلق بالعقوبات من حيث أنواعها وتقسيمها. وقد سبق أن قلنا إننا نفضل عدم الخلط بين أنواع الجرائم وأنواع العقوبات، لكنه ما زال يسير على هذا النهج. وسنكون مضطرين لمتابعته فى ذلك مع إبداء التحفظ فى حينه .

الباب الأول

العقوبة ـ مبادئ عامة

<عوده> ٤٣٨ ـ *العقوبة والغرض منها* : العقوبة هى الجزاء المقرر لمصلحة الجماعة على عصيان أمر الشارع. والمقصود من فرض عقوبة على عصيان أمر الشارع هو إصلاح حال البشر، وحمايتهم من المفاسد، واستنقاذهم من الجهالة، وإرشادهم من الضلالة، وكفهم عن المعاصى، وبعثهم على الطاعة. ولم يرسل الله رسوله للناس ليسيطر عليهم أو ليكون عليهم جبارا، إنما أرسله رحمة للعالمين . وذلك قوله تعالى : ﴿لست عليهم بمسيطر﴾ [الغاشية: ٢٢]، وقوله: ﴿وما أنت عليهم بجبار﴾ [ق:٤٥]، وقوله: ﴿وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين﴾ [الأنبياء : ١٠٧]. فالله أنزل شريعته للناس وبعث رسوله فيهم لتعليم الناس وإرشادهم، وقد فرض العقاب على مخالفة أمره لحمل الناس على ما يكرهون ما دام أنه يحقق مصالحهم، ولصرفهم عما يشتهون ما دام أنه يؤدى لفسادهم. فالعقاب مقرر لإصلاح الأفراد ولحماية الجماعة وصيانة نظامها، والله الذى شرع لنا هذه الأحكام وأمرنا بها لا تضره معصية عاص ولو عصاه أهل الأرض جميعا، ولا تنفعه طاعة مطيع ولو أطاعه أهل الأرض جميعا[(١)] .

٤٣٩ ـ *الأصول التى تقوم عليها العقوبة*: ولما كان الغرض من العقوبة هو إصلاح الأفراد وحماية الجماعة وصيانة نظامها، فقد وجب أن تقوم العقوبة على أصول تحقق هذا الغرض لتؤدى العقوبة وظيفتها كما ينبغى. والأصول المحققة للغرض من العقوبة هى :

١- أن تكون العقوبة بحيث تمنع الجميع كافة عن الجريمة قبل وقوعها، فإذا ما وقعت الجريمة كانت العقوبة بحيث تؤدب الجانى على جنايته وتزجر غيره عن التشبه به وسلوك طريقه. وفى هذا يقول بعض الفقهاء عن العقوبات : "إنها موانع قبل الفعل زواجر بعده، أى العلم بشرعيتها يمنع الإقدام على الفعل وإيقاعها بعده يمنع العود إليه" [(٢)] .

---

(١) راجع الفقرة ٤٣ .

(٢) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١١٢ .

<عوده> ٢ – إن حد العقوبة هو حاجة الجماعة ومصلحتها، فإذا اقتضت مصلحة الجماعة التشديد شددت العقوبة، وإذا اقتضت مصلحة الجماعة التخفيف خففت العقوبة؛ فلا يصح أن تزيد العقوبة أو تقل عن حاجة الجماعة (١) .

٣ – إذا اقتضت حماية الجماعة من شر المجرم استئصاله من الجماعة أو حبس شره عنها، وجب أن تكون العقوبة هى قتل المجرم أو حبسه عن الجماعة حتى يموت، ما لم يتب أو ينصلح حاله (٢) .

٤ – إن كل عقوبة تؤدى لصلاح الأفراد وحماية الجماعة؛ هى عقوبة مشروعة، فلا ينبغى الاقتصار على عقوبات معينة دون غيرها (٣) .

٥ – إن تأديب المجرم ليس معناه الانتقام منه، وإنما استصلاحه. والعقوبات على اختلاف أنواعها تتفق – كما يقول بعض الفقهاء – فى أنها "تأديب، واستصلاح، وزجر يختلف بحسب اختلاف الذنب (٤)" . والعقوبات "إنما شرعت رحمة من الله تعالى بعباده؛ فهى صادرة عن رحمة الخلق وإرادة الإحسان إليهم، ولهذا ينبغى لمن يعاقب الناس على ذنوبهم أن يقصد بذلك الإحسان إليهم والرحمة لهم كما يقصد الوالد تأديب ولده، وكما يقصد الطبيب معالجة المريض"(٥) . ويلاحظ فى التأديب أنه يختلف باختلاف الأشخاص، فتأديب أهل الصيانة أخف من تأديب أهل البذاء والسفاهة لقول النبى ﷺ : "أقيلوا ذوى الهيئات عثراتهم"(٦)، ولأن المقصود من التأديب الزجر عن الجريمة وأحوال الناس مختلفة فيه؛ فمنهم من يترجر بالصيحة ومنهم من يحتاج إلى اللطمة وإلى الضرب ومنهم من يحتاج إلى الحبس"(٧) .

---

(١) الأحكام السلطانية ص ٢٠٦ – شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٢١٢، ٢١٥ – تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٢٦٠ وما بعدها – الإقناع جـ ٤ ص ٢٦٨ وما بعدها .

(٢) الإقناع جـ ٤ ص ٢٧١، ٢٧٢ – حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ٤٨٠، وجـ ٣ ص ٥٩، ٢٦٠ – اختيارات ابن تيمية ص ١٧٨ وما بعدها .

(٣) المراجع السابقة .

(٤) الأحكام السلطانية ص ٢٠٥، ٢٠٦ .

(٥) اختيارات ابن تيمية ص ١٧١ .

(٦) الأحكام السلطانية ص ٢٠٦ .

(٧) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٢١٢ .

نحن نفضل استعمال كلمة "الجزاء"، لأن كلمة العقوبة أصبحت تشير إلى الردع كأول أهداف العقوبة بحسبانها إجراءات رادعة شائنة – وزاجرة – فى حين أن الجزاءات الشرعية التى يواجه بها المجتمع ارتكاب الجرائم لا تنحصر أهدافها فى الردع والزجر، إنما تشمل إلى جانب العقوبات جزاءات شرعية أخرى لا يقصد بها الزجر، وإنما يقصد بها الإصلاح والتهذيب بل والتربية والتأديب، ويدخل فى ذلك كثير من التعازير التربوية التى توصف بأنها من تدابير الوقاية والاحتراز فى التشريع الوضعى .

وهذا يتفق مع القول بأن المقصود من التشريع الجنائى هو إصلاح أحوال البشر، سواء منهم من ارتكب الجريمة أو من كان مجنيا عليه فيها أو غيرهما من عامة الناس. وإذا كان الإصلاح يستلزم إجراءات رادعة وزاجرة تسمى عقوبات، فإنه كلما أمكن الإصلاح بواسطة تدابير أخرى يغلب فيها معنى الإصلاح على معنى العقوبة فهى أولى .

أما وصف الجزاء بأنه جنائى، فإنه يشير فقط إلى أنه جزاء ناتج عن وقوع جناية أوجريمة، لكن ليس من الضرورى فى نظرنا أن يكون عقوبة جنائية، فالعقوبات جزء من الجزاءات الجنائية تدخل ضمنها لكنها لا تشملها كلها .

* * *

إننا نقدر جهده فى استخلاص المبادئ الأساسية فى كتب الفقه، والتى تحدد الغاية من الجزاء الجنائى والأصول العامة التى يقوم عليها .

وسوف نجتهد فى الإشارة إلى ما تستوجبه تلك المبادئ فى دراستنا، لأننا نعتقد أن دور الفقه لا يقتصر على إبراز الأصول وتأكيدها، بل إن واجبه هو إعمالها فى جميع الأحكام الفرعية، وخاصة ما يكون منها موضع خلاف فى المذاهب أو الآراء .

لقد عرض علينا فقيهنا خلاصة لما ورد فى كتب الفقه عن مسوغات الجزاء الجنائى وأصوله، ومنها يتبين أن المبادئ التى ذكرها شاملة لاعتبارت الردع والزجر والإصلاح وأن الذى يرجح هذا الاعتبار أو ذاك هو مصلحة المجتمع التى يدخل ضمنها مصلحة الأفراد جميعا.

۞ أسس الجزاء الجنائي وغايته وأصوله فى شريعتنا :

والمصلحة الاجتماعية التى تبرر الجزاء الجنائى هى مقاصد الشريعة التى يضع أساسها الشارع الإلهى فى النصوص التكليفية التى تشير إلى المعاصى التى يحرمها الله، ويعاقب على أخطرها بنصوص صريحة (هى الحدود والقصاص) وترك للفقيه المقنن والقاضى المجتهد إتمام ذلك فى التعازير .

بل إن القاضى الحاكم عموما (حتى ولو كان مقلدا) له سلطة تقديرية فى إطار القواعد الواردة فى نصوص الكتاب والسنة والمبادئ والأحكام الفقهية ونصوص التقنينات إن وجدت على أن عليه فى إطار ذلك كله مراعاة ظروف الفعل والفاعل والضرورات الاجتماعية أى مصلحة المجتمع .

* * *

والمبدأ الأساسى فى الجزاء الجنائى فى شريعتنا هو ضرورة التوفيق بين مقتضيات الإصلاح والزجر معا .

ونحن نؤيده فى القول بأن شريعتنا فرضت من الأحكام ما يجمع بين هذين المقصدين الأساسيين للجزاء الجنائى، وهو إصلاح الجانى وحماية المجتمع من الجريمة – بل والتوفيق بينهما– وأنها لذلك تزيل التناقض الظاهر بينهما لأن الزجر هو وسيلة للإصلاح .

لذلك فإننا نتحفظ على قوله بعد ذلك بأن مبدأ العناية بشخص الجانى قد أهملته الشريعة بتحديدها للعقوبات المقدرة على الجرائم الكبرى التى تمس كيان المجتمع – وهذا فى نظرى تعميم لا نقره – وإذا كان البعض قد ذهبوا إلى هذا القول فإن علينا نحن أن نعالجه، وسوف نجتهد فى ذلك فى موضعه .

كذلك نرى أننا هنا بصدد دراسة الجزاءات الجنائية (العقوبات) – فيجب أن تكون هى محور البحث فى هذا الباب – وإذا كان هو قد عاد إلى تقسيم الجرائم وأنواعها فى مواضع عديدة والتزم هذا المنهج، فنحن لسنا فى حاجة إلى تكرار ذلك الآن لأن موضعه سيكون فى دراسة جرائم القسم الخاص (المجلد الثانى من هذا الكتاب). أما فى هذا الباب فسوف نحاول حصر بحثنا فى الموضوعات المتعلقة بالجزاءات الجنائية والعقوبات.

﴿عوده﴾ ٤٤٠ ـ *نظرية الشريعة فى العقاب* : يلاحظ أن الأصول التى تقوم عليها العقوبة فى الشريعة ترجع إلى أصلين أساسيين أو مبدأين عامين، فبعضها يعنى بمحاربة الجريمة ويهمل شخصية المجرم، وبعضها يعنى بشخصية المجرم ولا يهمل محاربة الجريمة، والأصول التى تعنى بمحاربة الجريمة الغرض منها حماية الجماعة من الإجرام، أما الأصول التى تعنى بشخص المجرم فالغرض منها إصلاحه .

ولا جدال فى أن بين المبدأين تضاربا ظاهرا؛ لأن حماية الجماعة من المجرم تقتضى إهمال شأن المجرم، كما أن العناية بشأن المجرم تؤدى إلى إهمال حماية الجماعة .

وقد قامت نظرية العقوبة فى الشريعة على هذين المبدأين المتضاربين، ولكن الشريعة جمعت بين المبدأين بطريقة تزيل تناقضهما الظاهر، وتسمح بحماية المجتمع من الإجرام فى كل الأحوال وبالعناية بشخص المجرم فى أكثر الأحوال. ذلك أن الشريعة أخذت بمبدإ حماية الجماعة على إطلاقه واستوجبت توافره فى كل العقوبات المقررة للجرائم، فكل عقوبة يجب أن تكون بالقدر الذى يكفى لتأديب المجرم على جريمته تأديبا يمنعه من العودة إليها، ويكفى لزجر غيره عن التفكير فى مثلها، فإذا لم يكف التأديب شر المجرم عن الجماعة أو كانت حماية الجماعة تقتضى استئصال المجرم. وجب استئصال المجرم أو حبسه حتى الموت. أما مبدأ العناية بشخص المجرم، فقد أهملته الشريعة بصفة عامة فى الجرائم التى تمس كيان المجتمع؛ لأن حماية الجماعة اقتضت بطبيعتها هذا الإهمال، والجرائم التى من هذا النوع قليلة ومحدودة بطبيعة الحال، وما عدا ذلك من الجرائم ينظر فى عقوبته إلى شخصية المجرم، وتستوجب الشريعة أن تكون شخصية الجانى وظروفه وأخلاقه وسيرته محل تقدير القاضى عند الحكم بالعقوبة.

تقسيم الجرائم: ولقد نشأ عن الجمع بين المبدأين على هذه الصورة أن أصبح لكل مبدإ حيز ينطبق فيه ومدى ينتهى إليه. ولتقيم الشريعة معالم واضحة للحيز الذى ينطبق فيه كل مبدأ قسمت الجرائم قسمين :

القسم الأول : الجرائم الماسة بكيان المجتمع : يدخل تحت هذا القسم كل الجرائم التى تمس كيان المجتمع مساسا شديدا، وهى نوعان لكل منهما حكم مختلف .

(أ) – النوع الأول : والنوع الأول من الجرائم الماسة بكيان المجتمع يشمل جرائم الحدود التامة وهى سبع جرائم : (١) الزنا. (٢) القذف . (٣) الشرب. (٤) السرقة . (٥) الحرابة. (٦) الردة . (٧) البغى.

﴿عوده﴾ وقد وضعت الشريعة لهذه الجرائم السبع عقوبات مقدرة ليس للقاضى أن ينقص منها أو يزيد فيها أو يستبدل بها غيرها. فمن ارتكب جريمة منها أصابته العقوبة المقررة لها دون نظر إلى رأى المجنى عليه أو إلى شخصية الجانى، وليس لولى الأمر أن يعفو عن الجريمة أو العقوبة بحال من الأحوال .

وقد اتجهت الشريعة فى جرائم الحدود إلى حماية الجماعة من الجريمة وأهملت شأن المجرم إهمالا تاما، فشددت العقوبة وجعلتها عقوبة مقدرة، ولم تجعل للقاضى أو لولى الأمر سلطانا على العقوبة. وعلة التشديد أن هذه الجرائم من الخطورة بمكان، وأن التساهل فيها يؤدى حتما إلى تحلل الأخلاق وفساد المجتمع واضطراب نظامه وازدياد الجرائم، وهى نتائج ما ابتلى بها جماعة إلا تفرق شملها واختل نظامها وذهب ريحها، فالتشدد فى هذه الجرائم قصد به الإبقاء على الأخلاق وحفظ الأمن والنظام، أو بتعبير آخر قصد به مصلحة الجماعة، فلا عجب أن تهمل مصلحة الفرد فى سبيل مصلحة الجماعة، بل العجب ألا تضحى مصلحة الفرد فى هذا السبيل .

(ب) – النوع الثانى : والنوع الثانى من الجرائم الماسة بكيان المجتمع يشمل جرائم القصاص والدية، وهى جرائم القتل والجرح سواء كانت عمدا أو خطأ أو هى على وجه التحديد : ١ – القتل العمد. ٢ – القتل شبه العمد. ٣ – الخطأ.

٤ – الجرح المتعمد. ٥ – الجرح الخطأ.

وقد وضعت الشريعة لهذه الجرائم عقوبتين، هما : القصاص أو الدية فى حالة العمد والدية فى حالة الخطإ، وحرمت على القاضى أن ينقص من هاتين العقوبتين أو يزيد فيهما أو يستبدل بهما غيرهما كما حرمت على ولى الأمر أن يعفو عن الجريمة أو العقوبة، وعلى هذا فمن ارتكب جريمة من هذه الجرائم أصابته العقوبة المقررة لها دون نظر إلى ظروف الجانى وشخصيته .

وإذا كانت الشريعة قد حرمت العفو على ولى الأمر، فإنها قد أباحته للمجنى عليه أو وليه، فإذا عفا المجنى عليه أو وليه فى العمد سقط القصاص وحلت محله الدية إذا كان العفو والدية، فإذا كان العفو مجانا سقطت الدية أيضا. وفى جرائم الخطإ يسقط العفو الدية. ويترتب على سقوط القصاص فى العمد والدية فى الخطإ جواز معاقبة الجانى بعقوبة تعزيرية، والعقوبات التعزيرية ينظر فيها إلى شخص المجنى عليه وظروفه .

<عوده> وظاهر مما سبق أن الشريعة تتجه أصلا فى جرائم القصاص والدية إلى حماية الجماعة من الجريمة وإهمال شأن المجرم، وأنها لا تعنى بشخصية الجانى وظروفه إلا إذا عفا المجنى عليه أو وليه. وقد منحت الشريعة حق العفو للمجنى عليه أو وليه، لأن الجريمة وإن كانت ماسة بكيان المجتمع إلا أنها تمس المجنى عليه أكثر مما تمس المجتمع، بل إنها لا تمس المجتمع إلا عن طريق مساسها بالمجنى عليه، فإذا عفا المجنى عليه أو وليه لم يعد ما يدعو لإهمال شأن المجرم والتشدد فى حماية الجماعة، لأن أثر الجريمة الخطر يزول بالعفو فتصبح الجريمة غير خطرة ولا تؤثر على كيان المجتمع . والواقع أن المجنى عليه أو وليه لا يعفو إلا إذا صفح عن الجانى أو رأى فى الدية فائدة مادية يهمه الاحتفاظ بها. فعلة العفو هى إما الصفح أو الفائدة المادية التى تعود على المجنى عليه وأوليائه، وكلاهما علة مشروعة تحلها الشريعة محل الاعتبار، لأن الصفح معناه القضاء على الخصومات والأحقاد، ولأن تفضيل الفائدة المادية على العقوبة البدنية معناه التسامح والصفح وإضعاف حدة الخصومات، ولا شك فى أن حق المجنى عليه أو وليه أن يكون أول من تعود عليه الجريمة بالفائدة إذا أمكن ذلك بعد أن أصيب منها وتحمل من آلامها ما لم يتحمله غيره .

القسم الثانى: الجرائم الأخرى: ويشمل هذا القسم كل الجرائم التى لا تدخل تحت القسم الأول. أو هو يشمل الجرائم التى تعاقب عليها الشريعة بعقوبات غير مقدرة؛ فيدخل تحت هذا القسم كل الجرائم المعاقب عليها بعقوبة تعزيرية، وهى على ثلاثة أنواع:

(أ) جرائم التعازير الأصلية أى كل جريمة ليست من جرائم الحدود ولا من جرائم القصاص والدية . (ب) جرائم الحدود التى لا يعاقب عليها بعقوبة مقدرة، وهى جرائم الحدود غير التامة وجرائم الحدود التى يدرأ فيها الحد. (ج) جرائم القصاص والدية التى يعاقب عليها بعقوبة غير مقدرة، وهى الجرائم التى لا قصاص ولا دية فيها .

والجرائم التى تدخل تحت هذا القسم ليست فى خطورة جرائم القسم الأول . ولهذا كان لها حكم مختلف. ففى القسم الأول تقيد الشريعة القاضى بعقوبة معينة مقدرة، فليس له اختيار غيرها وليس له أن يزيد فيها أو ينقص منها. أما فى القسم الثانى فتترك الشريعة الحرية للقاضى فى اختيار العقوبة الملائمة من بين مجموعة من العقوبات، كما تترك له تقدير كمية العقوبة اللازمة وتقدير ظروف الجريمة وظروف المجرم،

<عوده> فإن رأى أن ظروف الجريمة وظروف المجرم لا تقتضى التخفيف؛ عاقب المجرم بما تستحقه جريمته، وإن رأى ظروف الجانى تقتضى التخفيف عاقبه بالعقوبة الملائمة لشخصه وظروفه وسيرته وأخلاقه، وإن رأى أن ظروف الجريمة تقتضى التشديد وظروف الجانى تقتضى التخفيف توسط بين الأمرين فلم يغلظ العقوبة ولم يخففها .

وفى هذا القسم تطبق الشريعة الأصول التى تقوم عليها نظرية العقوبة منفردة ومجتمعة، فإذا لم تكن ظروف الجانى تقتضى التخفيف؛ روعى فى تقدير العقوبة واختيار نوعها حماية الجماعة من الجريمة، ولم يراع فيها غير هذا الاعتبار. وإذا كانت ظروف الجانى تقتضى التخفيف، روعى فى تقدير العقوبة واختيار نوعها شخصية الجانى. وإذا كانت ظروف الجريمة تقتضى التشديد وظروف الجانى تقتضى التخفيف، روعى بقدر الإمكان فى اختيار العقوبة وتقدير كميتها أن تحمى الجماعة من الإجرام وأن تلائم شخصية المجرم .

ورأى المجنى عليه ليس له اعتبار لذاته فى هذا القسم، وعفوه لا يسقط العقوبة، ولكن العفو ينظر إليه بعَدِّه ظرفا قضائيا مخففا للجانى، فإذا تصالح المجنى عليه مع الجانى أو عفا عنه كان للقاضى أن يَعُدَّ الصلح أو العفو ظرفا مخففا فى صالح الجانى. والعلة فى عدم إسقاط العقوبة التعزيرية بالعفو أن كل عقوبة فيها حقان : حق للمجنى عليه وحق للجماعة، فإذا أسقط المجنى عليه حقه فقد بقى حق الجماعة، بعكس الحال فى عقوبتى القصاص والدية فهما من حق المجنى عليه أو وليه دون غيرهما، فإذا عفا أحدهما سقطت العقوبة وحل محلها التعزير على تقدير أن التعزير حق الجماعة، ولهذا لا يظهر أثر العفو فى عقوبات التعزير كما يظهر فى القصاص والدية لأن عقوبة التعزير فيها حق المجنى عليه وحق الجماعة، فإذا أسقط حق المجنى عليه بقى حق الجماعة، أما القصاص والدية، فهما من حق المجنى عليه وحده، فإذا عفا أسقطهما العفو.

العلة فى عَدِّ جرائم القسم الأول ماسة بكيان المجتمع : قلنا إن الشريعة تشددت فى جرائم القسم الأول واتجهت فى اختيار العقوبة وتقديرها إلى حماية المجتمع من الإجرام وأهملت شخصية الجانى إهمالا تاما إلا إذا عفا المجنى عليه فى جرائم القصاص والدية دون غيرها. وقلنا إن الشريعة أرادت بذلك حماية المجتمع لأن جرائم القسم الأول بنوعيها تمس كيان المجتمع مساسا شديدا. وقد بقى أن نعرف كيف تمس هذه الجرائم كيان المجتمع، وذلك هو ما سنبينه الآن .

<عوده> فالجماعات مهما اختلفت على المبادئ أو اختلفت عليها العصور تشترك فى أنظمة معينة تعيش عليها الجماعة ويقوم كيانها عليها، ولو بحثنا كل الأنظمة التى تقوم عليها الجماعات فى كل أقطار الأرض لوجدنا كل الجماعات تشترك فى أربعة أنظمة هى الدعائم التى يقوم عليها فعلا كل مجتمع على وجه البسيطة، وهذه الأنظمة الأربعة هى :

(١) نظام الأسرة . (٢) نظام الملكية الفردية .

(٣) النظام الاجتماعى للجماعة . (٤) نظام الحكم فى الجماعة.

فوجود الرجل والمرأة وقدرتهما على التناسل وحاجة هذا النسل إلى من يعوله حتى يبلغ أشده، كل هذا اقتضى بطبيعته أن يستأثر كل رجل بامرأة معينة، وأن ينسب إلى نفسه من تلده من الأبناء. وهكذا اقتضى وجود الرجل والمرأة وجود نظام الأسرة، وصار هذا النظام أساسا تقوم عليه كل جماعة؛ لأن الجماعة ليست إلا مجموعة من الأفراد، ولا يزال نظام الأسرة حتى فى الدول الشيوعية عماد المجتمع وسيظل كذلك إلى ما شاء الله .

وحاجة الإنسان الطبيعية الدائمة إلى المطعم والمشرب والملبس والمسكن وأدوات السعى لهذه ولغيرها من المنافع دعته إلى تملك هذه الأشياء والاستئثار بها دون غيره من الناس لنفسه أولا، ولنفسه ولأسرته بعد أن اقتضى الحال وجود نظام الأسرة. وهكذا وجد نظام الملكية الفردية كما وجد نظام الأسرة. أوجدهما طبيعة الإنسان وطبيعة الأشياء، وسيظل كلاهما قائما ما لم تتغير طبائع البشر وطبائع الأشياء. ولن تتغير حتى تبدل الأرض غير الأرض والسموات . وإذا كانت المبادئ الاشتراكية والشيوعية تحبذ الملكية الجماعية وتؤثرها على الملكية الفردية فإن غلاة المعتنقين لهذه المبادئ لم يقولوا بإلغاء الملكية الفردية إلغاء مطلقا؛ لأن هناك من الملكيات الفردية ما تقتضى الطبيعة وجوده والمحافظة عليه، فكل إنسان يجب أن يملك طعامه وكساءه ومسكنه وأداة عمله وإلا استحالت عليه الحياة.

وقد اقتضى نظام الأسرة ونظام الملكية الفردية الاعتراف بشخصية الفرد وحريته وحقه فى حماية نفسه وأسرته وملكه، ولكن ضعف الفرد وكثرة حاجاته وقلة وسائله، وحاجته إلى التعاون مع غيره، كل ذلك دعا إلى تكوين الجماعة .

وتكوين الجماعة يقتضى بطبيعته أن يكون للجماعة نظام اجتماعى تقوم الجماعة على مبادئه ويبين حقوق الأفراد وواجباتهم. والنظام الاجتماعى للجماعة يختلف

﴿عوده﴾ باختلاف الجماعات. فالجماعات الإسلامية نظامها الاجتماعى يقوم على مبادئ الإسلام؛ والجماعات غير الإسلامية يقوم نظامها الاجتماعى على أساس الاشتراكية أو الشيوعية أو الرأسمالية أو غير ذلك من الأنظمة الاجتماعية .

كذلك اقتضى تكوين الجماعة أن يقوم فيها نظام للحكم يصرف شئونها ويسهر على مصالحها ونظامها الاجتماعى ويوفر الأمن لها فى الداخل والخارج. ونظام الحكم يختلف باختلاف البلاد. ففى بعض البلاد يكون الحكم جمهوريا وفى بعضها ملكيا . إلى غير ذلك، وهكذا وجد نظام الحكم وكان وجوده نتيجة ضرورية لوجود الجماعة نفسها .

هذه هى الأنظمة الأربعة التى يقوم عليها كيان المجتمع، وكل مساس بها يمس المجتمع فى أصل وجوده ويهدم أهم مقوماته، ولذلك حرصت الشريعة الإسلامية على أن تحمى هذه النظم من كل اعتداء؛ لأن فى حمايتها بقاء الجماعة وصلاحيتها للبقاء، ولأن كل تهاون فى حياطتها وحمايتها يؤدى إلى انحلال الجماعة وسقوطها .

وقد تقصت الشريعة الاعتداءات الخطيرة التى يمكن أن تمس هذه الأنظمة فوجدتها تنحصر فى جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية، وهى الزنا والقذف وشرب الخمر والسرقة والحرابة والردة والبغى والقتل والجرح فى حالتى العمد والخطإ.

فالزنا اعتداء على نظام الأسرة، ولو لم يعاقب عليه لكان لكل امرئ أن يشارك الآخر فى أى امرأة شاء، وأن يدعى من شاء، أو يتنصل ممن يشاء من الأبناء؛ ولانتهى الأمر بغلبة الأقوياء وهزيمة الضعفاء وتضييع الأنساب وشقاء الآباء والأبناء. وأخيرا فإن إباحة الزنا معناها الاستغناء عن نظام الأسرة، وهدم الدعامة الأولى من الدعائم التى تقوم عليها الجماعة.

والسرقة اعتداء على نظام الملكية الفردية، ولو لم يعاقب عليها لكان لكل امرئ أن يشارك غيره فى طعامه وشرابه وكسائه ومسكنه وأداة عمله، وكانت الغلبة آخر الأمر للأقوياء، وكان الجوع والعرى والحرمان للضعفاء. فإباحة السرقة معناها الاستغناء عن نظام الملكية الفردية وعجز الأفراد عن الحصول على ضروريات الحياة وسقوط الجماعة بعد سقوط أهم الدعامات التى قامت عليها .

والرِّدة اعتداء على النظام الاجتماعى للجماعة؛ لأن النظام الاجتماعى لكل جماعة إسلامية هو الإسلام، ولأن الردة معناها الكفر بالإسلام والخروج على مبادئه

﴿عوده﴾ والتشكيك فى صحته، ولا يمكن أن يستقيم أمر الجماعة إذا وضع نظامها الاجتماعى موضع التشكيك والطعن؛ لأن ذلك قد يؤدى فى النهاية إلى هدم هذا النظام.

والبغى اعتداء على نظام الحكم فى الجماعة؛ لأن جريمة البغى تعنى الخروج على الحكام ومعصيتهم، أو تعنى طلب تغييرهم أو تغيير نظام الحكم نفسه، وإباحة مثل هذه الجريمة يؤدى إلى إشاعة الخلاف والاضطراب فى صفوف الجماعة، ويقسمها شيعا وأحزابا تتقاتل وتتناحر فى سبيل الحكم، كما يؤدى إلى اختلال الأمن والنظام وسقوط الجماعة وانحطاطها .

وجرائم القتل والجرح اعتداء من ناحية على حياة الأفراد المكونين للجماعة، وهى من ناحية أخرى اعتداء على النظام الاجتماعى ونظام الحكم فى الجماعة؛ لأن هذه الجرائم تمس حياة الأفراد وأبدانهم، والنظام الاجتماعى يقتضى حماية الأفراد وعصمة أنفسهم وأموالهم، كما أن نظام الحكم وجد لإقامة النظام الاجتماعى وتوفير الأمن للجماعة، فالتساهل فى محاربة هذه الجرائم يؤدى إلى تحكم الأقوياء فى الضعفاء وصرف الأفراد عن العمل المنتج وانصرافهم إلى التنازع والتناحر واستنباط الوسائل لحماية أرواحهم وأنفسهم. وهذا يؤدى بالتالى إلى تفكك الجماعة وانحلالها. وقد حرصت الشريعة على ألا تصل الجماعة لهذه الحالة، فقررت عقوبة القصاص فى حالة العمد والدية فى حالة الخطإ، وهى عقوبات رادعة قصد منها حماية الأفراد المكونين للجماعة وبث الأمن بينهم وتوفير الطمأنينة فى نفوسهم .

وجريمة القذف اعتداء على نظام الأسرة؛ لأن القذف فى الشريعة قاصر على ما يمس الأعراض، ولأن القذف ماس بالأعراض، وهو تشكيك فى صحة نظام الأسرة. فمن يقذف شخصا فإنما ينسبه لغير أبيه وبالتالى لغير أسرته. وإذا ضعف الإيمان بنظام الأسرة فقد ضعف الإيمان بالجماعة نفسها؛ لأن الجماعة تقوم على هذا النظام .

وجريمة الشرب تؤدى إلى فقدان الشعور، وإذا فقد شارب الخمر شعوره فقد أصبح على استعداد لارتكاب السرقة والقذف والزنا وغير ذلك من الجرائم، فضلا عن أن شرب الخمر يضيع المال ويفسد الصحة ويضعف النسل ويذهب العقل. والنظام الإسلامى يحرم شرب الخمر تحريما قاطعا، فإتيان هذه الجريمة اعتداء من كل وجه على الجماعة وهدم للنظم التى تقوم عليها الجماعة .

<عوده> وجريمة الحرابة إن اقتصرت على السرقة فهى اعتداء على نظام الملكية الفردية، وإن صحبها القتل فهى أيضا اعتداء على حياة الأفراد المكونين للجماعة، وإن اقتصرت على ترويع المجنى عليهم فهى اعتداء على أمن الجماعة. والاعتداء على حياة الأشخاص وأمنهم هو اعتداء على النظام الاجتماعى وعلى نظام الحكم؛ لأن كل جماعة ملزمة بحماية حياة الأفراد وتوفير الأمن لهم؛ لأن ذلك ضرورى لبقاء الجماعة، فإذا لم تكن هذه الجماعة آمنة فمعنى ذلك تفكك الجماعة وانحلالها؛ لأن الأساس الأول لبقاء الجماعة - وهو حماية أفرادها - منعدم، ولا يحمى الأفراد ويمنع الاعتداء على حياقم وأمنهم إلا تقرير العقوبة الرادعة على هذا الاعتداء .

هذه هى الجرائم التى تمس كيان المجتمع مساسا مباشرا عاقبت عليها الشريعة بعقوبات رادعة وأهملت فى تقدير العقوبة شخصية الجانى إبقاء على الجماعة وحماية لها. وإذا قلنا إن هذه الجرائم تمس كيان الجماعة فليس معنى ذلك أن باقى الجرائم لا تمس الجماعة من قريب أو بعيد، إذ الواقع أن كل جريمة أيا كانت تمس الجماعة، ولكننا نستطيع أن نقول: إنه ليس فى الجرائم كلها ما يمس الأسس التى يقوم عليها المجتمع مساسا مباشرا مثل الجرائم التى احتفظت لها الشريعة بهذه العقوبات، وإن بقية الجرائم إن مست صالح المجتمع فإنها لا تمس الأنظمة التى تقوم عليها الجماعة، وإن مست هذه الأسس فإنها لا تمسها مساسا مباشرا وخطيرا، وهكذا كانت الشريعة منطقية وواقعية حين أهملت شخصية الجانى فى الجرائم التى تمس كيان المجتمع وتتصل بالأسس التى يقوم عليها، وكانت الشريعة منطقية وواقعية حين ميزت بين هذه الجرائم من ناحية وبقية الجرائم من ناحية أخرى لتفاوت الخطورة والآثار فى النوعين .

علة التفرقة فى العقاب بين جرائم الحدود وبين جرائم القصاص والدية: تَعُدّ الشريعة جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ماسة بكيان المجتمع وبالأسس التى يقوم عليها. وبالرغم من هذه التسوية فقد أبيح للمجنى عليه أو وليه حق العفو عن العقوبة فى جرائم القصاص والدية ولم تبح له أن يعفو فى جرائم الحدود، وعلة التفرقة أن جرائم الحدود يصيب ضررها المباشر الجماعة أكثر مما يصيب الأفراد، وأن جرائم القصاص والدية مع مساسها بكيان المجتمع يصيب ضررها المباشر الأفراد أكثر مما يصيب الجماعة، فالسرقة والحرابة والقذف والشرب والردة والبغى هى فى ذاتها تهديد للجماعة واعتداء على أمنها ونظامها أكثر مما هى تهديد واعتداء على الأفراد الذين تقع عليهم، فالفرد قد يسرق منه بعض ماله فلا يحزنه ماسرق منه بقدر ما يهدده هذا

〈عوده〉 العمل ويخيفه على بقية ماله وبقدر ما يخيف جيرانه ومعارفه وأهل بلده ويهدد أموالهم بخطر السرقة. ومثل ذلك يقال عن بقية جرائم الحدود فضررها على الجماعة أشد من ضررها على الأفراد. أما جرائم القتل والجرح، فهى تصيب الأفراد بأكثر مما تصيب الجماعة وتُعَدّ إلى حد ما جرائم شخصية بمعنى أن مرتكبها لا يقصد الاعتداء على كل شخص يلقاه. إنما يقصد الاعتداء على شخص بعينه، فإذا لم يستطع الوصول إليه لم يعتد على غيره، ولهذا لا يهز الاعتداء الجماعة إذا وقع ولا يؤثر على أمنها تأثيرا شديدا. أما السارق مثلا فإنه يطلب المال أين وجده، فإن لم يستطع سرقة شخص بذاته سرق أى شخص آخر؛ لأنه يقصد المال وهو فى يد كل الأفراد، وكذلك الزانى فإنه لا يطلب امرأة بعينها إنما يطلب المرأة أيا كانت فإذا تعسرت عليه امرأة بحث عن غيرها .

ولأن جرائم القصاص والدية تمس الفرد أكثر مما تمس الجماعة، ترك للمجنى عليه وأوليائه أن يختاروا بين القصاص والدية فى حالة العمد، وجعلت الدية من حق المجنى عليه كتعويض له عما أصابه من الجريمة، وترك له أن يعفو عن القصاص وعن الدية معا.

❁ 440 – اتجاه أوسط متوازن فى نظرية الشريعة يجمع بين الزجر والإصلاح :

يقصد بنظرية الشريعة فى العقاب مجموعة المبادئ والأصول التى تراعى فى اختيار نوع الجزاء الجنائى ومقداره .

وهو يبدأ بعرض اتجاهين متطرفين فى النظريات الوضعية، أحدها يرجح الزجر والردع كهدف للعقوبة، والثانى يرجح الإصلاح والعلاج .

ويأخذ على الاتجاه الأول أنه لا يهتم اهتماما كافيا بشخصية الجانى وظروفه وما يلزم لإصلاحه، ويأخذ على الثانى أنه يهمل عنصر الزجر والردع كضرورة للإصلاح فى كثير من الأحيان .

وشريعتنا لها منهج وسط يوازن بين هاتين الغايتين، بل يوفق بينهما بقدر الإمكان. فهو يهتم بمصلحة الجماعة، ولا يهمل مصلحة الفرد سواء كان جانيا أو مجنيا عليه، أو غيرهما ممن قد يتجه لارتكاب الجريمة إذا لم يكن الجزاء الجنائى كافيا لتخويفه وردعه ..

* * *

هذا المنهج الشرعي المتوازن هو الذى يجعلنا نعترض على ما بدر منه مرات عديدة من قبل، ويعود إليه قائلا إن شريعتنا "أهملت" مبدأ العناية بشخص المجرم فى الجرائم التى تفرض فيها عقوبات مقدرة (حدا أو قصاصا) لأننا سبق أن قلنا إن مبدأ درء الحدود بالشبهات (الذى يطبق أيضا فى القصاص) يفتح الباب أمام الفقه والاجتهاد والتقنين لوضع الأحكام المناسبة التى تجعل مراعاة ظروف المجرم داخلة ضمن الشبهات أو الأسباب التى تمنع الحد والقصاص، وتوجب التعزير الذى هو الأصل فى نظرنا فى جميع الجرائم بما فى ذلك الجرائم الخطيرة التى نص الشارع لها على عقوبة مقدرة حدا أو قصاصا إذا تعطل تطبيق العقوبة المقدرة لعدم توافر شروطها .

* * *

تأييدا لفكرته فى التوازن والتوسط، عرض أنواع الجرائم وأقسامها لبيان الغاية من عقوبة كل منها .

وقد أبدينا ملاحظتنا قائلين إن تقسيم الجرائم بحسب نوع عقوبتها ومقدارها هو الأسلوب التى تتبعه القوانين الوضعية، بل والفقه فى عمومه سواء كان إسلاميا أو غير إسلامى. ولكننا انتقدناه لأن الأولى هو فى نظرنا أن يعنى الفقه بتقسيم الجرائم موضوعيا بحسب نوع الحقوق التى تهددها أو تُعَدّ اعتداء عليها. وفى اعتقادنا أن نوع

❁ الجزاءات الجنائية (العقوبات) هي التي تتبع نوع الجريمة وخطورتها :

الجريمة وخطورتها هي التي تبين بوضوح سبب اختيار نوع العقوبة والغاية منها؛ فالعقوبة تابعة للجريمة وليست الجريمة هي التي تتبع العقوبة .

ثم إن تقسيم الجرائم بحسب عقوبتها، قد سبق له أن بحثه من قبل (البندان 51، 82). فكنا نفضل عدم العودة إليه هنا وأن نبين موضوع الجريمة التي تستوجب العقوبة أو الجزاء .

إنه أشار إلى تقسيم الجرائم إلى قسمين أساسيين، بحسب موقف الشريعة (بالمعنى الضيق أي الكتاب والسنة) من تحديد العقوبة ونوعها. القسم الأول يضم الجرائم ذات العقوبات المقدرة بنص في الكتاب والسنة، وهو يشمل ما يسمى جرائم الحدود بالمعنى الواسع وعَدَّها النوع الأول من هذا القسم، ويدخل ضمنه عقوبات القصاص والدية.

أما التي عَدَّها القسم الثاني، فتشمل ما يستحق التعزير. هذا القسم الثاني وصفه بأنه الجرائم الأخرى أو الجرائم ذات عقوبة غير مقدرة بنص شرعي في الكتاب أو السنة، أو بعبارة أدق ترك المشرع الإلهي تقديرها للاجتهاد أي للفقه والقضاء – (ويدخل ضمنه التقنين الذي هو الإجماع العصري في نظرنا) – والتي تسمى عادة "التعازير" .

في هذا القسم الثاني نوعان :

النوع الأول هو الجرائم المسماة : ويشمل ما سماه جرائم الحدود عندما لا تتوافر فيها الشروط اللازمة لكي يعاقب عليها بعقوبة مقدرة.. وما سماه جرائم الحدود غير التامة (أي الشروع) .. وكذلك جرائم الحدود التي يدرأ فيها الحد لشبهة ...

كما أدخل ضمنه أيضا جرائم القصاص والدية التي قال إنه يعاقب عليها بعقوبة غير مقدرة ... ويكتفي فيها بالتعزير لأنها لم تتوافر فيها شروط تطبيق عقوبة القصاص أو الدية، لذلك عَدَّها ضمن النوع الأول من جرائم التعازير * .

إن هذا التفصيل الدقيق يؤيد ما قلناه دائما وكررناه من أن التعازير هي الجزاءات العامة الأصلية في جميع أنواع الجرائم، بما في ذلك الجرائم التي قدر لها المشرع عقوبة حد أو قصاص أو دية عندما تتوافر فيها شروط معينة تستلزم تشديد العقوبة، أو بعبارة أوضح عندما يضاف لأركان الجريمة ظرف مشدد يستوجب عقوبة أشد ...

---

* وقد لاحظنا أن المجلد الثاني من هذا الكتاب، الذي عرض فيه القسم الخاص، اكتفى بدراسة هذا النوع الأول .

❁ جرائم التعازير "غير المسماة" :

وهناك من يعترضون على قولنا هذا لأنهم يَعُدُّون الجريمة المعاقب عليها بحد أو قصاص جرائم بذاتها، وعقوبتها الأصلية هى العقوبة المقررة لها بنص شرعى. أما إذا لم تتوافر الشروط اللازمة لتوقيع العقوبة المقدرة، فإن الفعل يعاقب عليه تعزيرا، ومنطقهم يستوجب أن يُعَدّ جريمة أخرى. ونحن لا نوافق على هذا النظر لأنه لا يفرق بين أركان الجريمة والظروف المشددة .

النوع الثانى: جرائم التعزير "غير المسماة" :

يمكننا وصف هذه الجرائم الأخرى، المعاقب عليها بالتعزير "جرائم غير مسماة" تمييزا لها عن جرائم الحدود والقصاص – وماهو من جنسها – التى نصفها بأنها "جرائم مسماة بنصوص شرعية" عندما تقترن بالظرف المشدد الذى يستوجب العقوبة المقررة .

ونضيف لذلك أن التقنين أو الفقه أو القضاء عندما يقرر التعزير على فعل يَعُدُّه من جنس إحدى جرائم الحد والقصاص، يمكنه أن يعطى الجريمة الاسم المناسب لها لكى يميزها عن الجريمة المشددة فتصبح مسماة فقها أو تقنينا، وليست مسماة بالكتاب والسنة.

ودعوتنا للتقنين من أهدافها أن يقوم المقنن بتعريف كل جريمة وبيان أركانها وشروط العقاب عليها، وبالتالى إعطاؤها الاسم المناسب الذى يميزها عن غيرها من الجرائم ... ويمكنه أن يميزها عن الجريمة ذاتها عندما يتوافر فيها الظرف المشدد الذى جعله المشرع الإلهى سببا لفرض عقوبة حدية أو قصاص وتستحق التعزير عند عدم توافر الشروط التى تستوجب الحد أو القصاص ومنها حالة وجود شبهة .

وهنا يجب أن نشير إلى أن فقهاءنا لم يتكلموا عما نسميه "الظروف المشددة" لأن هذا الأسلوب المدرسى مستحدث يهدف لعدم التوسع فى أنواع الجرائم وتعدادها .

تمشيا مع هذا الاتجاه، يمكن أن نسير فى فقهنا على أن كل فعل يستحق عقوبة مقدرة عند توافر شروط معينة هو جريمة تعزيرية بذاتها من جنس جرائم الحدود والقصاص، فإذا أضيف إلى الأركان ظرف مشدد صار جريمة أخرى لها تسميتها الواردة فى النص الشرعى الذى حدد العقوبة المقررة طالما أن عقوبتها مختلفة، ولا غضاضة أو مشقة فى ذلك لأن العقوبات المقدرة فى الكتاب والسنة محدودة العدد، وبذلك تكون الجرائم المسماة بالكتاب والسنة هى المعاقب عليها بحد (وهى سبعة كما ذكر

۞ مراعاة ظروف المتهم تدخل فى نطاق مبدإ درء الحدود بالشبهات :

وإن كان آخرون يكتفون بخمسة) وكذلك المعاقب عليها بالقصاص أو الدية وهى أيضا محصورة فى القتل والجرح والضرب .... أى الاعتداء على حياة الإنسان أو سلامة جسمه ....

ما عدا ذلك يشمل ما عبر عنه بالجرائم الأخرى (التعزيرية) - وهى كل الجرائم عدا ما تُعَدّ عقوبته مقررة (وتدخل ضمن القسم الأول) وعددها قليل .

هذه الجرائم الأخرى وصفناها بأنها جرائم غير مسماة (تعازير)، لأن عقوبتها غير مقدرة شرعا، وعلى الفقه والقضاء والتقنين (وهو ما نَعُدُّه الإجماع فى عصرنا) أن يحدد لكل فعل عقوبته ويعطيه الاسم الذى يختاره: وبذلك يمكننا أن نصفها الآن بأنها جرائم غير مسماة لأن عقوبتها ليست مقدرة بنص شرعى - أى فى الكتاب والسنة - وقد تأخذ اسما بعد ذلك فى التقنين الذى يقدر لها نوع العقوبة ومقدارها ويعطيها تسمية مستحدثة تميزها عن غيرها، لكنها تسمية "اجتهادية" وليست شرعية لم تقرر بنص شرعى بالمعنى الضيق ....

وفى سعيه لتمييز جرائم القسم الأول، التى عدَدْناها مسماة (الحدود والقصاص)، وصفها بأنها "ماسة بكيان المجتمع"، أى أن الحق المعتدى عليه فيها والذى تهدده هو من القيم أو الحقوق الأساسية فى نظام الجماعة وكيانها - وهذا هو ما نؤيده - لأنه يبرز الأساس الموضوعى الذى يسوِّغ اهتمام المشرع الإلهى بها وحرصه على إيراد نص فى الكتاب أو السنة يحدد نوع العقوبة بل ومقدارها وكثير من أحكامها بما فى ذلك أدلة ثبوتها أو ثبوت الظرف المشدد فى نظرنا .

لكننا لا نوافق على قوله بأن هذه العقوبات المقدرة حدا واجبة دون نظر إلى شخصية الجانى، ولا قوله إن شريعتنا حرمت على القاضى أن ينقص من هذه العقوبات أو يزيد فيها أو يستبدل بها غيرها .. وأن عليه أن يحكم بها دون نظر إلى ظروف الجانى وشخصيته. وسبب اعتراضنا أنه يتجاهل مبدأ أصوليا مهمّا يوجب درء الحدود بالشبهات .. ونحن نرى أن الشبهات التى تدرأ الحد أو القصاص يدخل ضمنها ما تستلزمه ظروف الجانى وشخصيته .... كما قدمنا من قبل، وأن التعزير فى هذه الحالة يغنى عن الحد أو القصاص وهو أقل منها.

۞ المجتمع له مصلحة فى توقيع عقوبة القصاص عندما يطلبه من له الحق فى ذلك ويصر عليه :

وعلى ذلك، فإننا لا نوافق على القول بأن النص الشرعى على عقوبة مقدرة معناه أن الشريعة "تحرم على القاضى أن ينقص من تلك العقوبة" .

وصحيح أننا نوافقه على القول بأنه لا يجوز للقاضى أن يزيد من تلك العقوبات المقدرة (حدا أو قصاصا)، لأن الشارع قصد أن تكون عقوبات قصوى، ونرى أنه قصد بذلك أنه فى حالة الحكم بها على المتهم فى تلك الجرائم ذاتها لا يجوز للقاضى أن يضيف إليها عقوبة أخرى وإن جاز له فرض تدابير وقائية مع العقوبة المقررة .

لقد قال إن الجرائم المعاقب عليها بالقصاص "وإن كانت ماسة بكيان المجتمع ..." إلا أنها تمس المجنى عليه أكثر. وهذه العبارة الأخيرة لا نوافق عليها إلا إذا كان المقصود هو حالة الحكم بالقصاص، لأن الذى يهم المجنى عليه فى حالة ثبوت الجريمة أو إدانة المتهم بارتكابها، هو أن تشدد العقوبة بناء على طلب المجنى عليه أو ولى الدم، وإصراره على طلبه أن تكون قصاصا. فحق المجنى عليه متعلق فقط بتشديد العقوبة لتكون القصاص الذى منحه الشارع حق طلبه أو العفو عنه، التزاما بمبدإ التكافؤ فى الدماء وسلامة الأجسام بين الأفراد، ولذلك أعطى لمن اعتدى على حقه فى الحياة أو سلامة بدنه أن يطلب القصاص وأن يصر عليه طالما أنه لم يحصل على ترضية تقنعه بالتنازل عنه.

صحيح أن المجنى عليه أصابه ضرر مباشر من الجريمة بفقد حياته وهى أغلى ما عنده – أو فقد أحد أعضائه وسلامة بدنه – ولذلك أعطى له، ولولى دمه فى حالة الوفاة، حق المطالبة بعقوبة مماثلة على الجانى، وأعطى له كذلك حق التنازل عن هذه العقوبة لا عن العقوبة الأصلية وهى التعزير. لكن رأينا أن سلامة فرد فى المجتمع وحصانة حياته هو حق للمجتمع ذاته بدليل أنه لا يعطيه حق قتل نفسه ويحرم الانتحار ويعاقب على الشروع أو المشاركة فيه، بل يقرر عقوبة حدية عليه إذا أفسد أعز أعضاء بدنه وهو العقل بشرب الخمر، ولذلك فإن قيام الفرد بإيذاء نفسه بقطع أحد أعضائه لا يجوز أن يمر بدون عقاب. وباب التعزير يسع كل ذلك. إن حياة أى فرد أو سلامة أعضائه ليست حقا خالصا له. بل إن المجتمع يَعُدّ ذلك كله من حقوقه التى يحميها ولو اقتضى الأمر بتوقيع جزاء جنائى على الاعتداء عليها فى جميع الأحوال .

۞ الدعوى الجنائية ملك المجتمع، وليس للمجني عليه التنازل عنها، وجزاؤها الأصلي هو التعزير :

لهذا كله، فإننا نَعُدّ كل ما يقرره المشرع من حقوق للمجنى عليه أو ولى الدم ليست حقوقا خاصة أو شخصية وإنما هى مقررة أولا لصالح المجتمع الذى له مصلحة مباشرة فى تحريم الاعتداء على حياة أى فرد من أفراده وسلامة بدنه، ولو وقع الاعتداء من الشخص نفسه. ثم إن له مصلحة فى إطفاء جذوة الانتقام والثأر واستئصالها من المجمتع، ولذلك أعطى للمجنى عليه أو ولى الدم حق التنازل عن القصاص، بل شجعه على ذلك ليكون التصالح والعفو دليلا على انتفاء نية الثأر وسيادة الصلح والوئام فى المجتمع .

لقد ذهب كثيرون إلى القول بأن عقوبة القصاص مقررة لصالح الفرد المجنى عليه أو ولى دمه، أو القول بأن حق الفرد فى ذلك يغلب على حق المجتمع. ونحن لا نوافق على ذلك، لأن إعطاء الفرد حقا فى طلب القصاص أو التنازل عنه ليس معناه أن المجتمع لا حق له فى ذلك أو أن حقه فيه أقل من حق هذا الفرد. بل نحن نؤكد أن هذه القواعد ذاتها إنما قررها الشارع الحكيم لمصلحة المجتمع أولا، وأن حق المجتمع فى تقريرها أكبر وأهم من حق الفرد الذى قررت له، للأسباب الآتية :

1 – أن تقرير هذه العقوبة البدنية المشددة قصد به أولا زجر كل من تحدثه نفسه بالاعتداء على حياة أى فرد فى المجتمع وتخويفه من هذا المصير، ولذلك يتحقق أمن أكبر لأفراد المجتمع على حياتهم وسلامة أبدانهم. وهذا أمر يتجاوز حقوق الفرد المعتدى عليه الذى هو حياته فعلا – فى جريمة القتل – وما هو دونه مما يمس سلامة البدن.

2 – أن إعطاء المجنى عليه وولى دمه حق المصالحة والتنازل عن القصاص هو وسيلة لتمكين الطرفين من التعاون على قفل باب مسلسل الثارات المتبادلة والمتكررة والتى توسع الخرق الذى أحدثته الجريمة .... ليتسع لجرائم متتابعة ومتعددة تخل باستقرار الجماعة وتضامن أفرادها، وهذا أيضا يتجاوز حقوق الفرد المجنى عليه بل وحياته التى قد يكون فقدها فى جريمة القتل .

3 – أن مجرد الاعتداء على حياة المجنى عليه أو سلامة بدنه هو بذاته ضرر على المجتمع لا يقل عن الضرر الذى أصابه أو أصاب ولى دمه – لأن المجتمع فى الحقيقة هو ولى الدم لجميع أفراده ومن ينتسبون إليه بما فيهم هذا المجنى عليه. وإذا كان المشرع قد

أعطى لمن يُعَدُّون أولياء الدم فى حالة القتل أن ينوبوا عن القتيل فى طلب القصاص أو الثأر أو التصالح والتنازل عنها، فلا يعنى ذلك أنه تخلى عن إعطاء الجماعة مثل هذا الحق. بل كل ما هنالك أنه عَدَّ أن قرار المجنى عليه أو ولى دمه فى هذا الصدد يعبر عن رأى الجماعة بحُسبانه مفوضا عنها، لكنه لا يعنى حتما فى نظرنا أن الجماعة ليس لها هذا الحق ....

لهذا السبب، نصر على قولنا بأن هذه العقوبات ليست حقا خالصا لأى فرد، بل هى حقوق للجماعة فوضت فيها من أعطتهم حق طلب القصاص أو التصالح والعفو.

* * *

لذلك، فإنه فيما عدا نوع العقوبة فى حالة ثبوت الجريمة والظرف المشدد لها وإدانة المتهم، فإن الدعوى الجنائية بطلب فرض عقوبة تعزيرية على الجانى هى دعوى عامة، وليست الدعوى الجنائية ملكا للمجنى عليه أو ولى الدم كما يفهم خطأ من أقوال بعض الفقهاء الذين يقصدون بذلك الدعوى بطلب عقوبة القصاص وحدها .

والخطأ الشائع ناتج عن الظن بأن القصاص هو العقوبة الوحيدة لهذه الجرائم. وبما أن المجنى عليه له الحق فى القصاص، فإن البعض يفهم من ذلك أنه صاحب الدعوى الجنائية. ونحن نرفض هذا الزعم، وما يبنى عليه من القول بأن هذه الجرائم تمس المجنى عليه إلا إذا أضفنا لذلك أن الدعوى عامة، لكن للمجنى عليه أولوية الحق الشخصى فى طلب تشديد العقوبة، أى توقيع عقوبة مشددة هى القصاص وله التنازل عنه إذا صدر منه عفو أو تصالح، وهذا تنازل عن التشديد، وليس تنازلا عن العقوبة الجنائية، لكن الدعوى الجنائية الأصلية وهى دعوى التعزير باقية، وهى ملك المجتمع لا يملك أحد التنازل عنها .

جرائم القسم الثانى التى يصفها بأنها معاقب عليها تعزيرا بعقوبات غير مقدرة – ونصفها نحن بأنها غير مسماة – فإننا نرى لمزيد من الوضوح أن يقال إنها غير مقدرة بنص صريح فى القرآن والسنة، ولكنها فى نظرنا يجب أن تكون عقوبتها مقدرة بنص فى التقنين الشرعى أو الفقه الذى يلتزم القاضى (غير المجتهد) بتطبيقه .

إنه يصف هذه الجرائم بأنها هى المعاقب عليها بالتعزير، مما قد يفهم منه أنها هى وحدها التى تطبق فيها التعازير، مع أنه سبق أن قرر أن المجمع عليه هو أن التعازير تكون

❁ نعارض وصف بعض الجرائم بأنها "شخصية" :

واجبة فى جرائم الحدود والقصاص فى حالة تعذر الحكم بالعقوبة المقدرة فى النص الشرعى لوجود شبهة كما أشرنا إلى ما يؤيد ذلك من أقواله وإن كان وصفها بأنها جرائم تعزيرية "غير أصلية" .

والفرق الوحيد بيننا وبين بعض الفقهاء والباحثين أنهم يَعُدُّون أن العقوبة الأصلية فى بعض الجرائم (الحدود والقصاص) هى العقوبة المشددة المقدرة نصا فى الكتاب والسنة ولكن عقوبتها تخفف لوجود شبهة ويحل محلها التعزير. وظاهر أن فقيهنا ينحاز لهذا الرأى لأنه يقول بأن عفو المجنى عليه أو ولى الدم فى جرائم القصاص يُعَدُّ فى نظره "ظرفا مخففا".

أما نحن، فنصر على أن العقوبة الأصلية فى جميع الجرائم هى التعازير، لكنها تشدد فى حالة توافر ظروف معينة تستوجب عقوبة مشددة مقدرة شرعا عند توافر هذا الظرف المشدد؛ أما إذا لم يتوافر فيوقع الجزاء التعزيرى الذى هو الأصل فى نظرنا .

فالفرق فى الرأيين هو: هل الأولى عَدُّها جريمة تعزيرية مصحوبة بظرف مشدد يوجب الحد الذى يمتنع عند عدم توافر شروط هذا الظرف المشدد، أم أنها جريمة حدية لكن تنقص عقوبتها عند وجود ظرف مخفف ناتج عن وجود شبهة أو عدم توافر شروط الحد مما يخفف الجزاء الجنائى ويجعله تعزيرا .

* * *

فى عرضه لجرائم الحدود، بذل جهدا مشكورا فى بيان أن الجرائم التى قدرت لها النصوص الشرعية عقوبة حدية إنما تهدد بصورة مباشرة نظم الجماعة والقيم الأساسية التى يقوم عليها المجتمع، وأولها نظام الأسرة التى هى الخلية الأولى فى المجتمع وقررت شريعتنا حمايتها بتقرير حد على مرتكبى جرائم الزنا والقذف .

أما إشارته إلى مبدإ حماية ملكية المال بتقرير حد السرقة، فلا نوافق على تخصيصها بالملكية "الفردية"؛ فالحماية توجب العقاب على العدوان على الملكية سواء كانت فردية أو جماعية، لأن حماية الملكية بجميع أنواعها هى أساس النظام الاقتصادى للمجتمع فى نظرنا .

وقد أشار إلى أن الفرق بين النظم الاشتراكية والرأسمالية ينحصر فى تحديد نطاق كل من النوعين من أنواع الملكية. ففى جميع الأنظمة يوجد قدر من الملكية العامة وقدر

۞ نظامنا الاجتماعي يقوم علي احترام جميع الحقوق الإنسانية وحرماتها وليس حق الملكية الفردية للمال وحده :

من الملكية الفردية. لكن النظم الوضعية بعضها متطرف فى توسيع نطاق الملكية الفردية "ويسمى نظما رأسمالية"، والنظم الاشتراكية تتوسع فى الملكية الجماعية .ويسرنا أنه يؤكد على استقلال النظام الاقتصادى الإسلامى عن النظم الوضعية سواء وصفت بأنها اشتراكية (أو شيوعية) أو رأسمالية فلا ينحاز شرعنا للمتطرفين فى النظريتين .

الحق أن النظام الاجتماعى فى شريعتنا أوسع نطاقا من النظريات الوضعية المادية المستحدثة التى تركز على المال كمحور للنظام الاجتماعى، فى حين أن الشريعة تقيم نظامها الاجتماعى على قيم أخلاقية وسلوكية تتميز بها وتَعُدّها ركائز النظام الاجتماعى ولا يقتصر نظامنا الاجتماعى على المال .

أهم هذه القيم هى احترام حقوق الإنسان وحرماته، وأولها حقه فى الحياة وسلامة جسمه. ولذلك، فإن العدوان على حياة الأشخاص أو سلامة أبدانهم وعقولهم وحرمة مسكنهم وكرامتهم وإرادتهم وشرفهم وحياتهم الخاصة والأفعال التى تهدد هذه القيم الاجتماعية الأساسية هى جرائم تهدد الكيان الاجتماعى. ولذلك خصها مشرعنا بعقوبات مقدرة بنص شرعى حدا أو قصاصا .

إنه يجارى من يصفون بعض الاعتداءات بأنها جرائم ضد الأفراد، وهؤلاء يدعون خطأ أن شريعتنا تَعُدّ أن هذه الجرائم "تصيب الأفراد أكثر مما تصيب المجتمع" أو أنها كما يقول : "تُعَدّ إلى حد ما جرائم شخصية"، ونتيجة لهذا التصور يحاول الموازنة بين جريمة القتل التى يَعُدُّها جريمة شخصية (لأن فيها قصاصا)؛ وجريمة السرقة التى يَعُدُّها ماسة بنظام المجتمع فهى ليست شخصية لأن عقوبتها حدية . وهو قول لا نقره مطلقا وناتج عن الخلط بين مبدإ الجزاء الجنائى الذى هو حق ثابت ودائم للمجتمع ووجوب القصاص كحق شخصى فى تشديد العقوبة بدلا من التعزير .

وسبب هذا الفهم الذى نعارضه أنهم يظنون أن الفرد المجنى عليه ما دام له الحق فى العفو أو طلب القصاص، فمعنى ذلك أن الجريمة اعتداء عليه ن الدرجة الأولى. وهذا غير صحيح كما قدمنا، لأن حق الجماعة يستوجب التعزير دائما. والمجنى عليه لا حق له

له فى العفو عن التعزير؛ وهو فى نظرنا الجزاء الأساسى والأصلى. أما القصاص، فهو عقوبة استثنائية قصوى مشددة وهى حق للجماعة أيضا، لكن لا يحكم بها إلا إذا طلبها المجنى عليه أو وليه وأصر على ذلك. فهؤلاء مهمتهم محصورة فى طلب تشديد العقوبة والإصرار عليه لا فى مبدإ وجوب الجزاء الذى يستوجب التعزير فى جميع الجرائم *.

* وقد أشرنا من قبل (فى تعليقنا على تقرير السنهورى) إلى أننا لا نوافق على وصف بعض العقوبات بأنها شخصية (للمجنى عليه) قياسا على وصف بعض الجرائم فى القانون الرومانى بأنها جرائم شخصية .

﴿عوده﴾ ٤٤١ ـ *نظرية العقاب في القوانين الوضعية* :

كانت القوانين الوضعية حتى أواخر القرن الثامن عشر تنظر إلى المجرم نظرة تفيض عنفا وقسوة، وكان أساس العقوبات المبالغة فى الإرهاب والانتقام والتشهير. وكان من العقوبات المقررة المعترف بها قانونا الحرق والصلب وتقطيع الأوصال وصلم الآذان وقطع الشفاه واللسان والوشم بأداة محماة فى النار ولبس أطواق من الحديد والنفى والجلد والحبس. ولم تكن العقوبات فى الغالب تتناسب مع أهمية الجرائم التى قررت لها؛ فبالرغم من قسوة بعض العقوبات التى ذكرناها وفظاعة بعضها، فإن عقوبة الإعدام كانت جزاء لكثير من الجرائم البسيطة. فمثلا كان القانون الإنجليزى حتى آخر القرن الثامن عشر يعاقب على مائتى جريمة بعقوبة الإعدام. ومن هذه الجرائم سرقة أكثر من شلن من شخص ما، أى ما يقابل خمسة قروش تقريبا فى العملة المصرية، وكان القانون الفرنسى يعاقب بالإعدام على مائتين وخمس عشرة جريمة معظمها جرائم بسيطة .

وكما كان الإنسان الحى أهلا للمسئولية والعقاب، فكذلك كان الأموات، بل كذلك كان الحيوان والجماد، فكان القانون يجيز محاكمة الإنسان حيا ويجيز محاكمته ميتا ويجيز محاكمة الحيوان والجماد، ويجيز توقيع العقوبة على الإنسان الحى الذى يحس ويتألم ويفكر ويعقل كما يجيز توقيع العقوبة على جثث الأموات الذين فقدوا الإحساس بالألم وخرجوا من دنيا التفكير والتعقل، بل كان يجيز توقيع العقوبة على الحيوان الأبكم الذى لا يستطيع التفكير فى جريمته والدفاع عن نفسه، ويجيز توقيعها على الجماد الذى لا يحس بالجريمة ولا يشعر بالمحاكمة ولا يتألم من العقوبة .

وكان الأساس الذى تقوم عليه العقوبة هو الانتقام من المجرم وإرهاب غيره. وفكرة الانتقام والإرهاب هى التى سوغت تقرير العقوبات القاسية، وهى التى سوغت التمثيل بالمجرم وتشويه جسمه، بل هى التى سوغت محاكمة الأموات ومحاكمة الحيوانات والجماد، فالميت والجماد لن يشعر أحدهما بالمحاكمة ولن يحس بالعقوبة، والحيوان لا يشعر بالمحاكمة أو لا يفقه معناها، وقد يحس بالعقوبة ويتألم منها ولكنها لن تردعه عن الفعل إذا حوكم من أجله؛ لأنه لا يعقل شيئا من المحاكمة ولا يفهم سبب العقوبة، ولكن محاكمة الأموات والجمادات والحيوانات وإنزال العقوبات بالجميع تؤدى إلى إرهاب الناس أيما إرهاب وتمثل فكرة الانتقام خير تمثيل .

<عوده> وفى القرن الثامن عشر، بدأ الفلاسفة وعلماء الاجتماع يعملون على هدم الأساس الذى تقوم عليه العقوبة ويحاولون إقامتها على أساس آخر، فأخذ "روسو" يبرر العقوبة بالعقد الاجتماعى، ويرى أن الغرض منها هو حماية الجماعة من المجرم ومنعه من إيذاء غيره. وبرر "بكاريا" العقوبة بأنها حق الدفاع يتنازل عنه الأفراد للجماعة، وأن الغرض منها هو تأديب المجرم وزجر غيره. وقد تأثر رجال الثورة الفرنسية بهذه الآراء، فطبقوها فى القانون الفرنسى الصادر فى سنة ١٧٩١ . ثم جاء "بنتام" فبرر العقوبة بمنفعتها للجماعة حيث تقوم بحمايتها، واستوجب فى العقوبة أن تكون كافية لتأديب الجانى وزجر غيره. ثم ظهر رأى "كانت" وهو يبرر العقوبة بالعدالة، ورأى البعض التوفيق بين مذهب المنفعة ومذهب العدالة، فرأى ألا تكون العقوبة أكثر مما تستدعيه الضرورة ولا أكثر مما تسمح به العدالة .

وتمتاز النظريات السابقة بأنها تهمل شخصية المجرم وتنظر إلى الجريمة ومقدار جسامتها وأثرها على المجتمع، ولذلك لم تؤد إلى حل مشكلة العقاب حلا يحسن السكوت عليه.

وظهرت بعد ذلك النظرية العلمية أو النظرية الإيطالية وهى تقوم على إهمال الجريمة إهمالا تاما والنظر إلى شخصية المجرم، فيرى أصحاب النظرية أن تكون العقوبة متناسبة مع عقلية المجرم وتكوينه وتاريخه ودرجة خطورته، فالمجرم المطبوع على الإجرام يبعد إبعادا مؤبدا عن المجتمع أو يحكم عليه بالإعدام، ولوكانت جريمته بسيطة، والمجرم الذى اعتاد الإجرام يأخذ حكم المطبوع على الإجرام إذا تمكنت منه العادة، والمجرم الذى تجعل منه المصادفات والظروف مجرما يعاقب عقابا هينا لينا ولو كانت جريمته خطيرة، والمجرم الذى يرتكب الجريمة تحت تأثير العاطفة لا ضرورة لعقابه .

ولم تفلح النظرية العلمية فى حل مشكلة العقوبة أيضا، لأنها تنظر إلى المجرم وتهمل الجريمة، ولأنها تفرق بين المجرمين دون فارق ملحوظ أو محدود، ولأنها تترك بعض المجرمين دون عقاب بينما تأخذ غيرهم ممن ارتكبوا نفس الفعل بأشد العقاب .

وقد وجد بعض علماء القانون أن النظريات القديمة أخفقت؛ لأنها تحتفل بالجريمة وتهمل شأن المجرم، وأن النظرية العلمية أخفقت لأنها تحتفل بالمجرم وتهمل الجريمة، فرأوا أن يدمجوا الفكرتين اللتين تقوم عليهما هذه النظريات ويقيموا عليهما نظرية جديدة بحيث يتمثل فى العقوبة على كل جريمة فكرتان: فكرة التأديب والزجر، وفكرة

﴿عوده﴾ شخصية المجرم، ولكن هذه النظرية المختلطة فشلت أكثر مما فشلت النظريات السابقة، لأنها تقوم على فكرتين تناقض إحداهما الأخرى فى أكثر الأحوال، فالنظر فى كل عقوبة إلى شخصية المجرم لا يحقق دائما فكرة التأديب والزجر أى حماية المجتمع وعلى الأخص فى الجرائم الخطيرة التى تمس الأمن والنظام والأخلاق، والأخذ بفكرة حماية المجتمع فى كل عقوبة يمنع من الالتفات لشخصية المجرم فى الجرائم الخطيرة والبسيطة على السواء .

ويمكن القول بأن الاتجاه السائد اليوم لدى شراح القوانين الوضعية هو أن الغرض من العقوبة تأديب المجرم واستصلاحه ومعاونته على استعادة مكانته السابقة فى الهيئة الاجتماعية .

ومع أن هذا هو الاتجاه الأساسى، فهناك اتجاه ثان يرى أصحابه أن تكون العقوبة أداة استئصال كلما كان المجرم غير قابل للإصلاح .

وهناك اتجاه ثالث يرى أصحابه أن تكون العقوبة وسيلة لحماية المجتمع وإرهاب من تحدثه نفسه بارتكاب الجرائم، وقد أيد الاتحاد الدولى لقانون العقوبات هذا الاتجاه وأخذت به بعض البلاد الأوربية ومنها ألمانيا .

وهذه الاتجاهات جميعا تقوم إما على النظر إلى الجريمة دون المجرم، وإما على النظر إلى المجرم دون الجريمة، وإما أنها تقوم على الجمع بين هاتين الفكرتين .

هذه هى النظريات المختلفة عن العقوبة فى عالم القوانين الوضعية. وظاهر من استعراضها أن شراح القوانين الوضعية يتجهون اتجاهات مختلفة يناقض بعضها بعضا. وقد منع تعدد النظريات من وضع أساس واحد ثابت للعقوبة فى كل القوانين الوضعية، فاتخذت كل دولة لنفسها اتجاها خاصا بحسب ما تراه متفقا مع مصلحتها الخاصة أو بحسب الفكرة السائدة فيها .

ولعل تعدد النظريات والاتجاهات هو الذى دعا اتحاد القانون الدولى لقانون العقوبات – الذى حلت محله الجمعية الدولية لقانون العقوبات – لأن يقرر وجوب الاسترشاد بما تظهره التجارب، وأن يقرر أن أحسن نظام جنائى هو الذى يؤدى عملا إلى نتائج أكيدة فى كفاح الجريمة .

وقد حاول واضعو القوانين أن يجمعوا بين هذه النظريات والاتجاهات المختلفة بقدر الإمكان، وأن يتغلبوا على ما وجه إليها من انتقادات بحلول عملية بحتة. ويمكننا

<عوده> أن نتخذ القانون المصرى مثالا فى هذا الباب لغيره من القوانين الوضعية الحديثة، كما يمكننا أن نلخص وجهات النظر التى أخذ بها القانون المصرى فيما يلى :

أولا : أخذ القانون الجنائى المصرى بالمبدإ القائل بأن الغرض من العقوبة حماية الجماعة، وجعل هذا المبدأ أصلا وضعت على أساسه العقوبات لكل الجرائم بحيث تكفى العقوبة لتأديب المجرم على فعلته وزجر غيره عن التفكير فى مثلها.

ثانيا : وأخذ القانون الجنائى المصرى بالنظرية العلمية إلى حد ما، فلم ينس شخصية المجرم فى كل الجرائم تقريبا، فجعل لكل جريمة عقوبتين، إحداهما أخف من الأخرى، وجعل لكل عقوبة حدين تختار العقوبة من بينهما، وأباح للقضاة فى جرائم الجنايات أن يستبدلوا بالعقوبة أخرى، كما أباح لهم أن يوقفوا تنفيذ العقوبة إذا لم تزد العقوبة المحكوم بها عن حد معين هو الحبس لمدة سنة. ومعنى كل ذلك أن القانون اعترف بشخصية المجرم عند وضع العقوبة، لكنه لم يلزم القضاة إلزاما بمراعاة شخصية المجرم عند اختيار العقوبة وتقديرها. بل ترك لهم الحرية ينظرون إلى شخصية المجرم إذا رأوا ظروفه تدعو لذلك، ويهملون شخصيته إذا كان هناك ما يدعو لإهمالها .

ثالثا : بعد أن أخذ المشرع المصرى بالمبدأين السابقين، رأى أخيرا أن من الخطر النظر إلى شخصية المجرم فى كل الجرائم وعلى الأخص فى الجرائم المهمة، فحرم على القضاة أن ينزلوا بالعقوبة عن حد معين فى بعض الجرائم، كما حرم عليهم إيقاف تنفيذ العقوبة. وقد أخذ بهذا المبدأ فى قانون المخدرات الصادر فى سنة ١٩٢٨ وقانون الغش الصادر فى سنة ١٩٤١ وقانون السلاح الصادر فى سنة ١٩٤٩ .

وكان المنطق يقضى، بعد أن أخذ المشرِّع المصرى بهذا المبدإ الأخير، أن يعيد النظر فى قانون العقوبات على هدى هذا المبدإ، فيحرم على القضاة أن ينظروا إلى شخصية المجرم فى جرائم هى أخطر على الجماعة من جرائم الغش وإحراز المخدرات والأسلحة، ولكنه لم يفعل، فأدى هذا الاضطراب المنطقى إلى نتيجة تبعث على الرثاء، فبينما يمنع القانون التخفيف وإيقاف التنفيذ فى جرائم الغش وإحراز المخدرات والأسلحة، إذا به يبيح التخفيف وإيقاف التتنفيذ فى جرائم الخيانة العظمى واختلاس الأموال الأميرية والرشوة والقتل والسرقات والزنا والقذف. ولا شك فى أن كل واحدة من هذه الجرائم أخطر على كيان المجتمع وعلى أمنه ونظامه من الغش وإحراز المخدرات والأسلحة .

〈عوده〉 هذا هو القانون الوضعى نظرا وعملا فيما يتصل بالعقوبة، يرى أن تتمثل فى العقوبة فكرة التأديب والزجر حماية للجماعة من الإجرام، ويرى ألا تهمل فى تقدير العقوبة شخصية المجرم، ويرى فى بعض التشريعات الحديثة إهمال شخصية المجرم فى بعض الجرائم، والقانون واضح ومنطقى فيما يتعلق بالمبدإ الأول ولكنه بعيد عن المنطق والوضوح فيما يتعلق بالمبدأين الأخيرين حيث لم يصل بعد إلى تحديد المدى الذى يعمل فيه كل من المبدأين .

441 – برغم عيوب النظريات الوضعية وتناقضها، فإن شريعتنا تأخذ فى الحسبان ما تهدف له جميع تلك النظريات :

عيب النظريات الوضعية فى نظره أن كلا منها يجعل هدف العقوبة واحدا فى كل الجرائم، وبعضها يغلب فكرة الانتقام أو الزجر وبذلك يجيز العقوبات القاسية دائما، بحجة حماية الجماعة من خطر الجريمة دون حساب لإصلاح شخصية الجانى. ردا على ذلك، ابتكرت نظريات أحدث من ذلك تعنى بشخصية المجرم وتتطرف فى ذلك حتى وصلت إلى عدم أخذ خطورة الجريمة ذاتها أو فكرة الردع أو الزجر فى الحسبان.

* * *

وتمتاز الشريعة فى نظره عن كل هذه النظريات المتعددة المختلفة المتعارضة بأنها لا تفرض حسابا موحدا فى جميع الجرائم، بل تخص بعض الجرائم الخطيرة بعقوبات حدية بدنية هدفها الأول الزجر والتخويف فى الدرجة الأولى لمنع الناس من الاسترسال فى العدوان على أسس المجتمع وقيمه الثابتة أو على حياة الأفراد وسلامة أبدانهم، وذلك يجعلها مستوجبة للعقوبات المقدرة حدا أو قصاصا لكن بشروط معينة تحول دون التوسع فيها ...

وفيما يتعلق بباقى الجرائم، فقد وسعت الشريعة فى ولاية الفقه والإجماع وسلطة القضاء فى اختيار وتقدير العقوبة المناسبة، مع مراعاة مقتضيات حماية الجماعة وإصلاح المجرم والمجتمع معا، وهذه الأهداف كلها متوافرة فى التعازير سواء كانت عقوبات أو تدابير وقائية أو تربوية أو عبادات. وراعت أن الأفعال الضارة بالمجتمع تتطور وكل جيل يستحدث منها ما لم تعرفه الأجيال السابقة، ولذلك أبقت باب التجريم والعقاب مفتوحا أمام أولى الأمر المجتهدين لمواجهة ظروف تطور المجتمعات واختلاف الأزمنة والأقاليم .

* * *

وقد أخذ على القانون الوضعى فى مصر أنه عندما قرر عقوبات مشددة لبعض الجرائم فى ظروف معينة منع تطبيق الظروف المخففة فيها دون أن يتبع المنهج الأصولى الذى اتبعته شريعتنا فى اختيار الجرائم التى تهدد القيم الأساسية للمجتمع وقررت لها عقوبات الحدود والقصاص، فى حين أن القانون الوضعى راعى حسابات وقتية، فهو يخص جرائم المخدرات بهذه العقوبات المشددة، فى حين يبيح المسكرات مثلا،

❁ القوانين الجنائية الوضعية تشدد العقوبة من حين لآخر بسبب اعتبارات طارئة ووقتية :

ويشدد العقوبة فى جرائم حمل السلاح لحسابات أمنية، ويشدد العقوبة على جرائم الغش فى أثناء الحرب . وهذا كله فى نظره لا يبنى على أساس حماية القيم الأساسية. فى حين أن شريعتنا عندما قررت عقوبات مغلظة اهتمت بالناحية الأخلاقية وحماية الأسرة والملكية وحقوق الإنسان الأساسية وهى قيم اجتماعية معروفة ومعترف بها وثابتة ودائمة ...

⟨عوده⟩ ٤٤٢- *بين الشريعة والقانون* : يستطيع القارئ بعد استعراض نظرية العقوبة فى الشريعة ونظرياتها المختلفة فى القوانين الوضعية أن يقول بأن نظرية الشريعة تجمع بين كل النظريات الوضعية التى ظهرت ابتداء من القرن الثامن عشر. فالعقوبات فى الشريعة إنما شرعت لمنفعة الجماعة ولإصلاح الأفراد ولحماية الجماعة من الجريمة وتمكينها من الدفاع عن نفسها ضد الإجرام، والعقوبات فى الشريعة لا يصح أن تزيد عن حاجة الجماعة، كما لا يصح أن تقل عن هذه الحاجة؛ فهى من هذه الوجهة إجراء تقتضيه العدالة والمصلحة معا، وهذا هو ما رآه روسو، وبكاريا، وبنتام، وكانت، مجتمعين. والعقوبة فى الشريعة يقصد منها استصلاح الجانى والرحمة به والإحسان إليه . فينبغى ألا يهمل شأن المتهم فى تقدير العقوبة، وهذا هو ما تتجه إليه النظرية العلمية .

وإذا كانت نظرية الشريعة قد جمعت بين النظريات التى سادت فى القوانين الوضعية من القرن الثامن عشر حتى الآن، فإن نظرية الشريعة قد تنزهت عن العيوب التى شابت النظريات الوضعية وسلمت من الانتقادات التى وجهت إليها.

ولعله مما يدهش الكثيرين أن يعلموا أن للعقوبة فى الشريعة الإسلامية نظرية علمية فنية تامة التكوين لا يأتيها النقد من بين يديها ولا من خلفها، وأن القانون بالرغم مما وصل إليه من تقدم إنما يسير فى أثر الشريعة ويترسم خطاها، وأنه لم يصل بعد إلى ما وصلت إليه الشريعة، وأن النتائج التى وصل إليها القانون والاتجاهات التى يتجه نحوها تدل على أن تطوره فى المستقبل القريب أو البعيد لن يخرج عن النطاق الذى رسمته الشريعة للعقوبة .

ونستطيع أن نقول إنه لا خلاف بين الشريعة والقوانين على المبادئ والأصول التى تقوم عليها العقوبة، وإنما الخلاف على الكيفية التى تطبق بها هذه المبادئ والحدود التى تطبق فيها، فقد طبقت الشريعة كل المبادئ التى تعترف بها القوانين الوضعية، ولكنها لم تجمع بينها فى كل العقوبات ولم تسو بينها فى كل الجرائم، بل جعلت لكل مبدإ منطقة يعمل فيها وحده أو مع غيره، وجعلت لهذه المناطق معالم بارزة واضحة لا يخطئها عقل ولا بصر، ومن ثم استطاعت الشريعة أن تخرج على الناس بنظرية منطقية عملية لا عيب فيها ولا مأخذ عليها. أما القوانين الوضعية فقد حاولت الجمع بين كل هذه المبادئ والتسوية بينها فى كل الجرائم والعقوبات، كما حاول ذلك شراح القوانين الوضعية،

〈عوده〉 وكانت النتيجة أن أخفق واضعو القانون فى إيجاد حلول عملية مقبولة، كما أخفق الشراح فى إيجاد نظرية علمية سليمة، وفى اليوم الذى تطبق فيه القوانين الوضعية المبادئ التى تقوم عليها العقوبة تطبيقا سليما متفقا مع مصلحة الجماعة والأفراد، وملائما لطبائع الأشياء، ستضطر إلى أن تجعل لكل مبدإ منطقة يعمل فيها، وستهمل شخصية المجرم فى الجرائم التى تمس كيان المجتمع، فتصل بذلك إلى ما سبقتها إليه الشريعة وتصبح متفقة معها تمام الاتفاق .

ولا يفوتنا بعد هذا أن نذكر أن القانون الوضعى كان حتى آخر القرن الثامن عشر قانونا وحشيا بعيدا عن أفق الإنسانية، فكان يحاكم الأحياء والأموات والحيوان والجماد وينزل بالجميع عقوبات شتى قائمة على التمثيل والتشهير. كان القانون الوضعى هكذا، حتى أخذ فى القرن الثامن عشر بأول مبدإ من مبادئ الشريعة الإسلامية، فانقلب قانونا إنسانيا بحتا، إذ أصبحت العقوبة فيه قائمة على أساس التأديب والزجر بقصد حماية المجتمع ، ولم تعد هناك حاجة للتمثيل والتشهير ، ولم يعد منطق القانون يقبل محاكمة الأموات والحيوانات والجمادات، لأن التأديب لا ينفع فيهم فلا يجوز إذن عليهم. وهذا المبدأ الأول الذى لم يعرفه القانون إلا فى القرن الثامن عشر عرفته الشريعة مع غيره من المبادئ من القرن السابع الميلادى، ولذلك تركزت المسئولية الجنائية من يوم نزول الشريعة فى الإنسان الحى، ولم يجعل غيره أهلا لها، ولم يعرف عن الشريعة ما عرف عن القانون من محاكمة الأموات والحيوان والجماد، ولم يعرف عنها أنها تقبل التشهير والتمثيل، بل عرف عنها أنها تأباه أشد الإباء، فقد نهى الرسول ﷺ عن المثلة ولو بالكلب العقور، ومن لا يرضى المثلة للحيوان فهو دون شك لا يرضاها لإنسان. ويكفى الشريعة الإسلامية فخرا بعد هذا أنها سبقت تفكير العالم بأحد عشر قرنا وأن العالم يسير على آثارها من قرنين ولا تزال تسبق تفكيره بمراحل .

❁ 442 – المنهج الشرعي متميز عن المناهج الوضعية :

لقد عنى بإبراز ما تميزت به الشريعة من تحديد نطاق معين ترجح فيه حماية أسس المجتمع وقيمه الثابتة، وذلك بواسطة فرض العقوبات المقدرة. وسررنا لأنه وصف منهج الشريعة بأنه لا يهمل شأن المتهم فى تقدير العقوبة. وقد اعترضنا فيما سبق مرارا على القول بأن الشريعة فى نطاق عقوبات الحدود والقصاص "تهمل شخصية المجرم بحجة أن تلك الجرائم تمس كيان المجتمع" .

كان هذا فى نظرنا تجاوزا لا نقره، لأننا أشرنا إلى أن مبدأ درء الحدود بالشبهات كفيل بفتح باب يسمح بأن نأخذ الحسابات المتعلقة بظروف الجانى بل والمجنى عليه بعين الاهتمام عند تحديد ما يُعَدّ شبهات أو أسبابا تجيز النزول من العقوبات المقدرة إلى التعازير.

والتعازير فى نظره تحقق جميع أهداف الجزاء الجنائى، وتسمح للفقيه والمقنن والقاضى بأن يراعى ضرورات حماية المجتمع وإصلاح الجانى أيضا على النحو الذى فصلناه فى مناسبات عديدة. والتعازير فى نظرنا هى الجزاء الأصلى فى جميع الجرائم، ولذلك فإنها الإطار الأساسى لجميع المبادئ والنظريات العامة، ولا يخرج عنها إلا ما يكون استثناء بحتا مثل الحدود والقصاص فى بعض الأحوال حيث تشدد العقوبة بنص صريح لأسباب استثنائية .

* * *

إن استعراضه للنظريات المختلفة فى الفقه الوضعى أوضح أنه لا يجوز لأى قانون أن يلزم نفسه بواحدة من غاياتها، بل إن على المشرع أن يراعيها جميعا ويجعل لكل منها نطاقا لاتتجاوزه، وهذا هو الأسلوب الذى يسير عليه فقهنا، وعلينا أن نواصل السير على هداه .

ولذلك، فإننا لا نقر وصف ما قرره الفقه من آراء أو حلول بأنه "الشريعة"، بل يكفى أن ننسب هذه الآراء للفقه والفقهاء فى الماضى أو الحاضر، لكى يبقى المجال مفتوحا للاستفادة من مبادئ شريعتنا ومقاصدها فى مبتكرات الفكر والاجتهاد فى المستقبل مما تستوجبه مصالح المجتمعات ومشكلاتها المستحدثة ....

〈عوده〉 ٤٤٣ - *شروط العقوبة* : يشترط فى كل عقوبة أن تتوافر فيها الشروط الآتية لتكون عقوبة مشروعة :

أولا : أن تكون العقوبة شرعية : وتُعَدّ العقوبة شرعية إذا كانت تستند إلى مصدر من مصادر الشريعة كأن يكون مردها القرآن، أو السنة، أو الإجماع أو صدر بها قانون من الهيئة المختصة. ويشترط فى العقوبات التى يقررها أولو الأمر ألا تكون منافية لنصوص الشريعة وإلا كانت باطلة .

ويترتب على اشتراط شرعية العقوبة أنه لا يجوز للقاضى أن يوقع عقوبة من عنده ولو اعتقد أنها أفضل من العقوبات المنصوص عليها .

ويظن البعض خطأ أن الشريعة تمنح القاضى سلطة تحكمية فى العقاب، وهو ظن لا يتفق مع الواقع، وليس له مصدر إلا الجهل بأحكام الشريعة. فالعقوبات فى الشريعة تقسم إلى حدود وقصاص وتعازير.

فأما الحدود والقصاص، فهى عقوبات مقدرة معينة ليس للقاضى حيالها من سلطان إلا أن يحكم بتطبيقها كلما كانت الجريمة ثابتة دون أن يستطيع تخفيفها أو تشديدها أو استبدال غيرها بها. فالسرقة مثلا عقوبتها القطع، وليس للقاضى إذا أثبتت الجريمة على الجانى أن يحكم عليه بغير القطع إلا إذا كان هناك سبب شرعى يمنع من عقوبة القطع كسرقة الأب من الابن. والزنا من غير محصن عقوبته الجلد مائة جلدة، فإذا ثبت الزنا حكم القاضى بالجلد مائة جلدة، وليس له أن ينقص منها واحدة أو يزيد عليها واحدة، وليس له أن يستبدل بالجلد عقوبة أخرى . والقتل العمد عقوبته القصاص أى القتل، فإذا ثبتت الجريمة على الجانى كان على القاضى أن يحكم بالقصاص، وليس له أن يحكم بعقوبة أخرى إلا إذا كان هناك سبب شرعى يمنع من القصاص. فسلطة القاضى فى الحدود والقصاص محدودة مقيدة .

أما التعازير، فسلطة القاضى فيها واسعة ولكنها ليست تحكمية، فهى واسعة لأن الشريعة تعاقب على جرائم التعازير بمجموعة من العقوبات تبدأ بأتفه العقوبات كالتوبيخ وتنتهى بأشدها كالحبس حتى الموت والقتل. وتترك الشريعة للقاضى أن يختار من بين هذه المجموعة العقوبة الملائمة للجريمة والمجرم، كما تترك له أن يقدر كمية العقاب من بين حدى العقوبة الأدنى والأعلى. ولا شك فى أن إعطاء القاضى هذا السلطان المشروع الواسع يسهل عليه أن يضع الأمور فى مواضعها، وأن يعاقب

〈عوده〉 الجانى بالعقوبة التى تحمى الجماعة من الجريمة وتصلح الجانى وتؤدبه. وسلطة القاضى على سعتها ليست تحكمية، لأنه لا يستطيع أن يحكم بعقوبة غير شرعية، ولا أن يعاقب الجانى بعقوبة لا تتلاءم مع جريمته. ولعل اتساع سلطة القاضى هو الذى دعا إلى الظن خطأ بأن سلطة القاضى فى الشريعة سلطة تحكمية .

وليس فى الشريعة ما يوجب منح القضاة هذا السلطان الواسع، ومن ثم يجوز لولىّ الأمر أن يضيق هذا السلطان إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة؛ لأن المصلحة العامة هى التى سوغت منح القضاة هذا السلطان [١] .

ثانيا : أن تكون العقوبة شخصية : ويشترط فى العقوبة أن تكون شخصية تصيب الجانى ولا تتعداه إلى غيره. وهذا الشرط هو أحد الأصول التى تقوم عليها الشريعة الإسلامية. وقد تكلمنا عن هذا الشرط بما فيه الكفاية بمناسبة الكلام عن المسئولية[٢] .

ثالثا : أن تكون العقوبة عامة : ويشترط فى العقوبة أن تكون عامة تقع على كل الناس مهما اختلفت أقدراهم، بحيث يتساوى أمامها الحاكم والمحكوم والغنى والفقير والمتعلم والجاهل .

والمساواة التامة فى العقوبة لا توجد إلا إذا كانت العقوبة حدا أو قصاصا؛ لأن العقوبة معينة ومقدرة، فكل شخص ارتكب الجريمة عوقب بها وتساوى مع غيره فى نوع العقوبة وقدرها.

أما إذا كانت العقوبة التعزير، فالمساواة فى نوع العقوبة وقدرها غير مطلوبة ، ولو اشترطت المساواة على هذا الوجه لأصبحت عقوبة التعزير حدا، وإنما المطلوب هو المساواة فى أثر العقوبة على الجانى، والأثر المرجو للعقوبة هو الزجر والتأديب، وبعض الأشخاص يزجرهم التوبيخ وبعضهم لا يزجرهم إلا الضرب أو الحبس، وعلى هذا تُعَدّ المساواة محققة إذا عوقب المشتركون فى جريمة واحدة بعقوبات مختلفة تكفى كل منها لردع من وقعت عليه بحسب حاله وظروفه .

---

(١) راجع الفقرة ٩٧ وما بعدها.

(٢) راجع الفقرتين ٢٨١، ٤٧٢ .

۞ 443 – المبادئ الأساسية فى الجزاء الجنائي الشرعي:

أولها مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات :

عنى هنا بالإشارة إلى المبادئ الأساسية الثلاثة لمنهج الشريعة فى الجزاء الجنائي. ويهمنا أن نذكر القارئ بالملاحظات التى أوردناها سالفا بالنسبة لما قاله بشأن كل مبدإ من هذه المبادئ الثلاثة .

* * *

بالنسبة لمبدإ شرعية الجرائم والعقوبات الذى وصفه بأنه يستلزم صدور نص من "الهيئة المختصة بذلك"، فقد سبق أن أكدنا أن كل ما ذكره بهذا الشأن يبرر قولنا بضرورة التقنين الذى يكون إصداره بالشورى أى الإجماع فى هذا العصر والعصور التالية. وإذا كانت جرائم الحدود والقصاص هى التى يجب أن يراعى بشأنها النصوص الشرعية المقررة للعقوبات المقدرة، ففى نظرنا أن التعازير أصبح من الواجب على أهل الاجتهاد تقنينها لأنه لم يعد هناك ما يبرر القول بتركها للقضاء وحده بعد أن أصبح قضاتنا غير مجتهدين، ولذلك لابد من وجود نصوص فقهية مقننة سابقة على ارتكاب الجريمة يرجع لها القاضى فى تحديد الجرائم والعقوبات .

* * *

وكذلك نشير إلى ما قلناه من أنه ليس من المصلحة الاكتفاء بالقول باختصاص "أولياء الأمر" بتحديد الجرائم والعقوبات فى التعازير، بل يجب التذكير بأن أولياء الأمر فى الشريعة هم المجتهدون من الفقهاء والقضاة والمقننون من أهل الذكر، وليسوا هم الدولة ومن يمثلها من السلاطين أو الرؤساء غير المجتهدين وبخاصة الذين يفرضون سلطانهم بالغصب والغلب والقوة دون سند شرعى من الشورى ودون الالتزام بالشريعة.

* * *

نشير أيضا إلى تحفظاتنا على القول بأن العقوبات المقدرة حدا وقصاصا لا تسمح بمراعاة شخصية المحكوم عليه، ولا تجيز التخفيف. ويسرنا أنه يؤيد رأينا بإشاراته إلى أن التخفيف يجوز "إذا كان هناك سبب شرعى يمنع العقوبة المقدرة"، والأسباب الشرعية التى يشير إليها هى ما يشير إليه المبدإ العام بأن الشبهات تدرأ الحدود .. على النحو الذى توسعنا فيه من قبل .

* * *

❁ المسئولية شخصية – والناس متساوون أمام الأحكام الشرعية :

المبدآن الثانى والثالث بشأن شخصية المسئولية والعقوبات ومبدأ المساواة بين الناس، نحن نؤكد الالتزام بهما، ونضيف أننا لا نوافق على مجرد الظن بأنها مبادئ خاصة بالتعازير إلا إذا سلمنا بأن التعازير هى العقوبات الأصلية فى جميع الجرائم بما فى ذلك ما يعاقب عليه بعقوبات الحدود والقصاص فى حالات استثنائية عند توافر شروط معينه على النحو الذى فصلناه فى موضعه .

الباب الثانى
أقسام العقوبة

<عوده> ٤٤٤ - *تنقسم العقوبات بحسب الرابطة القائمة بينها إلى أربعة أقسام:*

(١) العقوبات الأصلية: وهى العقوبات المقررة أصلا للجريمة كالقصاص للقتل والرجم للزنا والقطع للسرقة .

(٢) العقوبات البدلية: وهى العقوبات التى تحل محل عقوبة أصلية إذا امتنع تطبيق العقوبة الأصلية لسبب شرعى، ومثالها الدية إذا درئ القصاص، والتعزير إذا درئ الحد أو القصاص .

والعقوبات البدلية هى عقوبات أصلية قبل أن تكون بدلية، وإنما تُعَدّ بدلا لما هو أشد منها إذا امتنع تطبيق العقوبة الأشد. فالدية عقوبة أصلية فى القتل شبه العمد ولكنها تُعَدّ عقوبة بدلية بالنسبة للقصاص، والتعزير عقوبة أصلية فى جرائم التعازير ولكن يحكم به بدلا من القصاص أو الحد إذا امتنع الحد أو القصاص لسبب شرعى.

(٣) العقوبات التبعية : هى العقوبات التى تصيب الجانى بناء على الحكم بالعقوبة الأصلية ودون حاجة للحكم بالعقوبة التبعية، ومثلها حرمان القاتل من الميراث، فالحرمان يترتب على الحكم على القاتل بعقوبة القتل ولا يشترط فيه صدور حكم بالحرمان. ومثلها أيضا عدم أهلية القاذف للشهادة، فعدم الأهلية لا يشترط أن يصدر به حكم بالحرمان. مثلها أيضا عدم أهلية القاذف للشهادة، فعدم الأهلية لا يشترط أن يصدر به حكم، وإنما يكفى لانعدام الأهلية صدور الحكم بعقوبة القذف .

(٤) العقوبات التكميلية: هى العقوبات التى تصيب الجانى بناء على الحكم بالعقوبة الأصلية بشرط أن يحكم بالعقوبة التكميلية.

والعقوبات التكميلية تتفق مع العقوبات التبعية فى أن كليهما مترتبة على حكم أصلى، ولكنهما يختلفان فى أن العقوبة التبعية تقع دون حاجة لإصدار حكم خاص بها. أما العقوبة التكميلية فتستوجب صدور حكم بها. ومَثَل العقوبة التكميلية تعليق يد السارق فى رقبته بعد قطعها حتى يطلق سراحه فإن تعليق اليد مترتب على القطع ولكنه لا يجوز إلا إذا حكم به .

444 – العقوبات الأصلية والإضافية :

هناك نوعان من العقوبات الأصلية، ويقصد بذلك أنها عقوبات يمكن تقريرها وحدها، وقد أشار لهما برقمى (١) و(٢) .

أما النوعان (٣) و(٤) فقد وصفهما بأنهما عقوبات إضافية لأن كلا منهما لا يمكن أن يطبق إلا مضافا إلى العقوبة الأصلية – وهذا هو ما يجمع بينهما – أما الفرق بينهما فقد أوضحه فى المتن .

وفيما يخص إشارته إلى الفرق بين نوعين من العقوبات الأصلية، وصف الثانى منهما بأنه "عقوبة بدلية"، فإننا لا نوافق على ما عرضه من وجود ترتيب تنازلى مبنى على أن الأصل هو العقوبة الأشد (الحد أو القصاص)، وأن العقوبة الأخف (الدية أو التعزير) هى البديل عنها. بل لقد سبق لنا أن اقترحنا ترتيبا تصاعديا لأن الأصل فى نظرنا هو العقوبة الأخف (التى يصفها بأنها بدلية مثل التعازير والدية ....) كل ما هنالك هو أنه يجب الحكم بالعقوبة الأشد فى حالة توافر ظروف معينة تستوجب التشديد فى نظر الشارع الحكيم (أى وجود ظرف مشدد) .

* * *

وهذا كله فى نطاق الجرائم التى يرد نص شرعى فيها بعقوبة مقدرة (حدا أو قصاصا). وقد بينا من قبل أن رأينا هو أن التعزير هو العقوبة الأصلية فى جميع الجرائم، أما الحد والقصاص فهما الاستثناءان بدليل أن الشارع الحكيم يوجب استبعادهما كلما وجدت شبهة. وقد جرى الفقه على إحاطة تلك العقوبات الاستثنائية بقيود وشروط قصد بها تضييق نطاقها تمشيا مع المبدإ الشرعى العام وهو أن العقوبات قررت رحمة بالبشر، وما تتضمنه من زجر ومن ألم إنما يكون فى حدود الضرورة، والضرورة تقدر بقدرها؛ فكلما كانت العقوبة الأخف تكفى فى نظر الشارع فلا يجوز التشديد، أى أن الأصل هو العقوبة الأخف فى نظرنا وليست العقوبة الأشد التى نصر على عَدِّها هى الاستثناء .

❁ كلمة الجزاءات تشمل فى نظرنا العقوبات والتدابير الوقائية والإصلاحية :

* * *

وعلى العموم، فإن ما يُعَدّ عقوبة بدلية (سواء فى نظره أو نظرنا) هو عقوبة أصلية إذا قارناه بالعقوبات التبعية والتكميلية التى نَعُدّها عقوبات إضافية لأنها تابعة أو مكملة للعقوبة الأصلية ...

والعقوبات التبعية والتكميلية كلاهما يختلف عن "العقوبات الأصلية" السابق ذكرها (بما فى ذلك ما يُعَدّ عقوبة بدلية) فى أمر مهم هو أنها لا تقرر وحدها، فى حين أن النوع السابق الأصل فيه أنه يجوز الاكتفاء به كلما رأى الشارع ذلك .

فالذى يجمع بين العقوبات التبعية والتكميلية هو أنها لا يمكن أن تتكون وحدها – بل هى تابعة أو مكملة لعقوبة أصلية محكوم بها – أما الفرق بينهما فهو ما أوضحه من حيث أن التبعية تكون بحكم القانون دون حاجة للنص عليها فى الحكم الصادر بالعقوبة الأصلية، بعكس التكميلية .

* * *

كما أننا نشير إلى أن الجزاءات الجنائية ليست محصورة فى "العقوبات" وأن التعازير تتسع لتدابير الإصلاح والتهذيب والتربية والوعظ مما يدخل فى نطاق ما يسمى فى عصرنا تدابير الوقاية والإصلاح، فى حين أن كلمة العقوبة أول ما يفهم منها هو الزجر والإيلام والردع .

ونظرا لأن هذه التدابير الوقائية والإصلاحية تدخل فى نطاق التعازير، فإننا فضلنا جعل العنوان هو "الجزاءات الجنائية" حتى لا يكون بحثنا محصورا فى نطاق العقوبات، ولا نجارى فقيهنا وغيره ممن يصفون التعازير دائما بأنها عقوبات .

صحيح أن بعض تدابير الوقاية هى من نوع العقوبات الجنائية، لكن الفقه يحرص على تمييزها عنها حتى لا تكون شائنة لمن يتعرض لها. فالحبس الاحتياطى غير الحبس كعقوبة، والإيداع فى مستشفى للأمراض العقلية أو ملجإ للأحداث هو من تدابير الوقاية والإصلاح بخلاف الحبس كعقوبة .... وهكذا .

عوده ٤٤٥ـ *وتنقسم العقوبات من حيث سلطة القاضي في تقديرها إلى* :

١ – عقوبات ذات حد واحد، وهى التى لا يستطيع القاضى أن ينقص منها أو يزيد فيها، ولو كانت تقبل بطبيعتها الزيادة والنقصان، كالتوبيخ والنصح؛ وكالجلد المقرر حدا .

٢ – عقوبات ذات حدين، وهى التى لها حد أدنى وحد أعلى ويترك للقاضى أن يختار من بينهما القدر الذى يراه ملائما كالحبس والجلد فى التعازير .

٤٤٦ـ *وتنقسم العقوبات من حيث وجوب الحكم بها إلى* :

١ – عقوبات مقدرة : وهى العقوبات التى عين الشارع نوعها وحدد مقدارها وأوجب على القاضى أن يوقعها دون أن ينقص منها أو يزيد فيها أو يستبدل بها غيرها. ويسمى هذا النوع من العقوبات بالعقوبات اللازمة؛ لأن ولى الأمر ليس له إسقاطها ولا العفو عنها.

٢ – عقوبات غير مقدرة : وهى العقوبات التى يترك للقاضى اختيار نوعها من بين مجموعة من العقوبات وتقدير حاكمها بحسب ما يراه من ظروف الجريمة وحال المجرم، وتسمى هذه العقوبات بالعقوبات المخيرة؛ لأن للقاضى أن يختار من بينها.

٤٤٧ـ *وتنقسم العقوبات من حيث محلها إلى* :

١ – عقوبات بدنية : وهى العقوبات التى تقع على جسم الإنسان، كالقتل والجلد والحبس .

٢ – عقوبات نفسية : وهى العقوبات التى تقع على نفس الإنسان دون جسمه كالنصح والتوبيخ والتهديد .

٣ – عقوبات مالية : وهى العقوبات التى تصيب مال الشخص كالدية والغرامة والمصادرة .

٤٤٨ـ *وتنقسم العقوبات بحسب الجرائم التى فرضت عليها إلى* :

١ – عقوبات الحدود : وهى العقوبات المقررة كحد أقصى على جرائم الحدود .

٢ – عقوبات القصاص والدية : وهى العقوبات المقررة كحد أقصى لجرائم القصاص والدية .

(عوده) ٣ — عقوبات الكفارات: وهى عقوبات مقررة لبعض جرائم القصاص والدية وبعض جرائم التعازير .

٤ — عقوبات التعازير: وهى العقوبات المقررة لجميع الجرائم بِعَدِّها من جرائم التعازير .

وهذا التقسيم هو أهم تقسيم للعقوبات، وسنتكلم عن كل قسم من هذه الأقسام فى فصل خاص ثم نتبع ذلك بفصلين آخرين نخصص أحدهما لبيان مدى صلاحية العقوبات الشرعية، ونخصص الثانى لبيان العقوبات فى القانون المصرى ومدى صلاحيتها.

❁ 445 – 448 – الأصل فى نظرنا أن كل عقوبة لها حد أقصي وحد أدنى وإن كان الحد الأقصي يكون واجبا فى حالات معينة بشروط استثنائية :

فى بعض الأحيان يقرر الشارع وجوب الحكم بالحد الأقصى للعقوبة فى حالة توافر شروط معينة تُعَدّ "ظرفا مشددا" .

وليس معنى ذلك أن الجريمة عقوبتها "ذات حد واحد" كما يقول فقيهنا وكثير من الفقهاء، لأن الأصل فى نظرنا هو أن جميع الجرائم عقوبتها ذات حد أقصى وحد أدنى.

وفى حالة الجرائم المعاقب عليها بالحد أو القصاص عندما يتوافر ظرف مشدد، فإن الحد الأدنى فى نظرنا هو ما يمكن أن يصل إليه "التعزير". كل ما هنالك أن المشرع – فى حالات استثنائية فقط – يوجب الحكم بالحد الأقصى وعدم النزول عنه.

والنتيجة العملية للرأيين واحدة، لكننا نحرص على مبدإ عام هو أن التعزير عقوبة أصلية فى جرائم الحدود والقصاص، وقد أشرنا إلى نتائج ذلك فى مناسبات متعددة، أهمها أن الشارع الحكيم عَدَّ الحدود هى الاستثناء بأن أوجب سقوطها كلما وجدت شبهة، والاكتفاء بالجزاء الأصلى وهو التعزير ...

قلنا إن مبدأ الشرعية كما أفاض فقيهنا فى شرحه سابقا معناه أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص سابق على ارتكاب الفعل يبين الجريمة وعقوبتها، ومعنى ذلك أن كل فعل ورد النص بأنه جريمة لا بد أن يبين النص ذاته العقوبة الواجب الحكم بها على مرتكب الجريمة.

إنه يصف جرائم الحدود والقصاص بأنها جرائم ذات عقوبات "مقدرة"، ويقصد بذلك أن تقدير العقوبة جاء به نص فى الكتاب أو السنة (وهى الشريعة بالمعنى الضيق على ما أوضحناه سابقا). أما التعازير التى يصفها بأنها عقوبات "غير مقدرة" فيقصد فقط أن تقديرها لم يتقرر بنص فى الكتاب أو السنة، وهو كغيره من الفقهاء الذين يقولون بأن "القاضى" هو الذى له حق تقدير العقوبة – وهذا هو ما يقصد من قوله بأن العقوبة غير مقدرة – أى أن الذى يقدرها هو حكم القاضى لا نص الشريعة.

أما نحن، فقد قلنا مرارا إن مبدأ حق القاضى فى تقدير العقوبة فى جرائم التعازير كان أساسه أن القاضى يُشترط فيه أن يكون مجتهدا، فهو بصفته مجتهدا له الحق فى تحديد الجريمة وتحديد العقوبة المناسبة لها؛ ومعنى ذلك فى نظرنا أن تحديد جرائم التعازير وعقوبة كل منها يقوم به "الاجتهاد" بعَدِّه رابع مصادر الأحكام الشرعية وذلك عن طريق التقنين الذى أصبح واجبا فى عصرنا .

❁ سلطة القاضي فى حدود النص الشرعي أو التقنين :

وتطبيقا لمبدإ أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص الذى أجاد فقيهنا فى الدفاع عنه، وبين لنا بوضوح أنه مبدأ أساسى أصيل فى شريعتنا، فقد قلنا بأن التعازير فى عصرنا الحاضر يجب أن يوجد نص مقنن فى الفقه بتحديد كل جريمة وعقوبتها، وألا يترك ذلك للقضاء كما سار عليه أسلافنا لأنهم إنما كانوا يشترطون فى القضاة أن يكونوا فقهاء مجتهدين .

وطبقا لمبدإ الشرعية، فالواجب أن يوجد النص المبين للجريمة وعقوبتها قبل ارتكاب الفعل – وعلينا أن نيسر لكل فرد العلم به حتى يطالب باحترامه ويعاقب بمقتضاه.

ولذلك نقول بوجوب أن يقوم مجلس الاجتهاد بتقنين التعازير ويضع النص الذى يحدد الجرائم ويقدر لكل جريمة عقوبتها حتى يفترض علم الأفراد بذلك .

ولهذا فنحن نرى أن كل الجرائم الأصل فيها أن تكون عقوبتها مقدرة. والفارق الوحيد بين الحدود والقصاص من ناحية والتعازير من ناحية أخرى أن الأولى تقدر العقوبات لها بنص فى الكتاب أو السنة، أما الأخيرة (التعازير) فيجب أن تقدر عقوبات كل منها بنص فى التقنين أو الفقه ... الذى يُعَدّ القضاء جزءا منه. ولا يتعارض ذلك مع قولنا إن التعازير تشمل أيضا تدابير الوقاية والإصلاح، لأن هذه التدابير أيضا يجب أن يوجد نص يعطى القاضى الحق فى الحكم بها، كلما كان فيها تقييد لحقوق الأفراد أو حرياتهم ...

ما يسميه "عقوبات نفسية" نرى أنها تخرج عن نطاق فكرة "العقوبة"، ولهذا فضلنا استعمال لفظ "الجزاءات" لأنها يمكن أن تتسع لما يخرج عن نطاق ما يُعَدّ عقوبة. ولفظ "التعزير" الذى اختاره فقهاؤنا هو أصح من كل هذا لأن فيه معنى التهذيب والإصلاح أكثر مما فيه معنى "العقوبة" .

نذكر القارئ بما قدمناه من أن كلمة التعازير تشمل تدابير تتجاوز نطاق العقوبات، بل يدخل فيها التدابير التى يسميها نفسية ويقصد بها التقويم بالنصح أو الإنذار أو التوبيخ أو التهديد، وكثيرون يتحرجون من وصف ذلك بأنه عقوبة، ويرون أن إطلاق اسم العقوبة عليها يفقدها تأثيرها "النفسى" أو الخلقى أو الدينى .

ونعتقد أن القوانين الوضعية لا تَعُدّ هذا النوع من التعازير ضمن العقوبات "الجنائية"، وإن كان يمكن عَدُّها من الجزاءات التأديبية عن المخالفات الإدارية، أو من تدابير الوقاية ....

۞ أقسام الجزاءات من حيث شدتها :

وهو يَعُدّ الحبس ضمن العقوبات البدنية، وإن كان الفقه الوضعى لا يقر ذلك، بل يَعُدّه مجرد حرمان من الحرية. ونحن نوافقه على أنه ضار بالبدن وبالصحة الجسمية، وأكثر من ذلك فهو يهدد الصحة النفسية والعقلية. وقد أثبتت التجارب أن ضرره أكبر من فائدته، ومع ذلك فإن بعض المعاصرين يفضلونه على العقوبات البدنية مهما خفت. وهو اتجاه ضار وخاطئ فى نظرنا .

إن كلمة التعزير تفيد التأديب والإصلاح والتقويم، وجميع العقوبات فيها هذا المعنى، ولذلك يمكن أن تدخل ضمن هذا الاصطلاح. لكن بعضها فيها معنى الزجر والتشهير الذى هو من خصائص العقوبات بصورة أوضح – الحد والقصاص يُعَدَّان أشد العقوبات فى نظر الشارع الحكيم لأنهما جزاءان بدنيان .

وعناية الشريعة بالنص فى القرآن والسنة على الجرائم التى تصل فيها العقوبات إلى هذا الحد – يقصد بها عَدُّها أقسى العقوبات وبالتالى فإنه لا يجوز تقريرها إلا بنص فى الوحى المباشر وهو القرآن أو غير المباشر فى السنة. أكثر من ذلك، فهو يحيطها بشروط توجب استبعادها بقصد تضييق نطاقها ودرئها. ومن أهم هذه الشروط ما يقتضيه مبدأ درء الحدود بالشبهات، وإعطاء المجنى عليه أو وليه حق العفو والصفح أو التصالح مع الجانى لمنع عقوبة القصاص والاكتفاء بالدية أو بالتعازير .

نشير إلى ما سبق أن أكدناه مرارا من أننا نَعُدّ التعزير هو التدبير أو الجزاء الجنائى الأصلى فى جميع الجرائم، وأن الحدود والقصاص ليست إلا الحد الأقصى فى "التعزير" الذى لا يجوز فرضه إلا بنص سماوى، ويجب درؤه كلما وجدت شبهة لكى تطبق الجزاءات التعزيرية الأقل منه .

الفصل الأول
العقوبات المقررة لجرائم الحدود

<عوده> ٤٤٩ - *الحدود* : هي العقوبات المقررة كحد أقصى لجرائم الحدود وهي كما ذكرنا من قبل سبع جرائم : (١) الزنا . (٢) القذف . (٣) الشرب .
(٤) السرقة. (٥) الحرابة . (٦) الردة . (٧) البغي .

وتسمى العقوبة المقررة لكل جريمة من هذه الجرائم حدا .

والحد هو العقوبة المقررة حقا لله تعالى أو هو العقوبة المقررة لمصلحة الجماعة ، وحينما يقول الفقهاء إن العقوبة حق لله تعالى يعنون بذلك أنها لا تقبل الإسقاط من الأفراد ولا من الجماعة، وهم يَعُدُّون العقوبة حقا لله كلما استوجبتها المصلحة العامة وهي رفع الفساد عن الناس وتحقيق الصيانة والسلامة لهم .

وتمتاز العقوبات المقررة لجرائم الحدود بثلاث ميزات :

أ – إن هذه العقوبات وضعت لتأديب الجاني وكفه هو وغيره عن الجريمة وليس فيها مجال لوضع شخصية الجاني موضع الاعتبار عند توقيع العقوبة :

ب – إن هذه العقوبات تُعَدّ الحد الأقصى الواجب الحكم به متى توافرت ظروف معينة (مشددة) وإن كان فيها ما هو بطبيعته ذو حدين؛ لأنها عقوبات مقدرة معينة، ولأنها عقوبات لازمة، فلا يستطيع القاضي أن ينقص منها أو يزيد فيها، كما أنه لا يستطيع أن يستبدل بها غيرها .

جـ – أن هذه العقوبات جميعا وضعت على أساس محاربة الدوافع التي تدعو للجريمة بالدوافع التي تصرف عن الجريمة، أي أن هذه العقوبات وضعت على أساس متين من علم النفس .

449 – أربعة فصول للعقوبات الحدية :

فيما يتعلق بالبنود 449 إلى 476، نلاحظ أنه خصصها لما سماه "العقوبات المقررة لجرائم الحدود" وهذا يتفق مع ما سار عليه فقهاؤنا من إعطاء عناية خاصة لهذا النوع من الجرائم، وبالتالى لسياسة المشرع الإلهى فى "وجوب" الحكم فيها بعقوبات معينة مشددة محددة النوع بل والمقدار بنص شرعى لاعتبارات تسوِّغ ذلك .

نحن نرى أن عناية الكتاب والسنة ببيان جرائم الحدود والقصاص وعقوبة كل منها توجب على الفقه أن يقوم بهذه المهمة بالنسبة للجرائم الأخرى التى توصف بأنها "تعازير"، وذلك بتقدير وتحديد عقوبة كل منها أو الجزاء المترتب عليها، ولم يعد يجوز تركها للقضاء كما جرى الفقه سابقا عندما كان يشترط فى القاضى أن يكون مجتهدا .

وقد كنا نفضل أن تدرس كل عقوبة من العقوبات فى جميع حالات تطبيقها سواء فى الحدود أو القصاص أو التعازير، وسوف نجتهد نحن فى أن نسير على هذا المنهج بقدر الإمكان، وإن كان يخالف الأسلوب الذى اتبعه فقيهنا . وسوف نشير فى كلامنا عن كل عقوبة إلى ما هى الجرائم التى تطبق فيها، ونترك تعليل ذلك وتفصيله إلى ما بعد أو إلى القسم الخاص .

وسيرى القارئ أن بعض ما سماه "عقوبات الحدود" ليس خاصا بتلك الجرائم، وإنما يجوز تطبيقه تعزيرا فى جميع الجرائم، مع فارق مهم هو أنها بالنسبة للجرائم التى توصف بأنها حدود يجب تطبيقها بنص شرعى فى الكتاب أو السنة، وأنها لذلك تكون واجبة فى نوعها ومقدارها عندما تتوافر شروط معينة. أما فى غيرها، أى فى حالة التعازير، فهى اختيارية فى النوع والمقدار .

لكن بعض العقوبات البدنية المقررة لجرائم حدية معينة (مثل القتل والقطع) تبقى خاصة بها فى رأى الجمهور ولا تطبق فى غيرها، وسنشير لذلك فى موضعه .

* * *

إننا لا نوافق على ما سار عليه فى التفريق بين دراسة ما سماه "العقوبات المقررة لجرائم الحدود" ودراسته للتعازير (التى وصفها بأنها "عقوبات التعازير" فى البنود من 477 إلى 493)، وكنا نفضل السير على دراسة كل "عقوبة" أو جزاء جنائى من جميع نواحيه سواء طبق فى الحدود أو غيرها، حتى لا نخلط بين أقسام الجرائم وأقسام العقوبات .

❁ رأينا أن جميع العقوبات الجنائية لمصلحة الجماعة ومن حقوق الله، ولا يستثنى من ذلك التعازير ولا القصاص :

وبرغم ذلك، فإننا مضطرون إلى متابعة دراسته طبقا لهذا التقسيم الذى اختاره، مع إشارتنا فى كل مناسبة إلى رأينا الخاص .

الحدود فى نظرنا هى الحد الأقصى للعقوبة الذى يوجب المشرع الحكم به على من ثبتت إدانته بالطريقة الشرعية المرسومة فى جرائم خطيرة محددة بنص شرعى .

والجرائم السبع التى ذكرها، بعضها يوجد لدينا ولدى عدد من الفقهاء والباحثين شك فى أن عقوبتها حدية، وبخاصة جريمة الشرب والبغى والردة، إذ يرى كثيرون أن جزاءها التعزير، كما سنرى عند دراسة جرائم القسم الخاص، فيكون المجمع عليه أربعة أو خمسة.

ولنا تحفظات على بعض أقواله فى هذا الموضوع وإن كان قد سبقه إليها كثير من فقهائنا، وأهمها :

1 – أن تخصيص عقوبات الحدود بأنها مقررة حقا لله تعالى فيه تجاوز فى نظرنا، لأننا نرى عَدَّ جميع الجزاءات الجنائية من حقوق الله لأنها كلها مقررة لمصلحة المجتمع، وكل ما يكون لمصلحة الجماعة يوصف عادة بأنه من حقوق الله طالما أنه ليس حقا خالصا لفرد معين، وجميع أحكام تشريعنا الجنائى هى لمصلحة المجتمع أولا وقبل كل شئ؛ والمصالح العامة للجماعة هى حقوق لله .

2 – لا نرى صوابا القول بأن التعازير ليست حقا لله بحجة "أنها لمصلحة المجتمع"، بل وكذلك القصاص بحجة "أنه تعلق به حق للمجنى عليه أو لولى الدم"، لأن ذلك فى نظرنا ليس معناه أن المجتمع لا حق له فى تلك الأحكام، بل يجتمع فيها الحقان، لأن المجتمع فى جرائم القصاص هو الذى منح الفرد المجنى عليه أو ولى الدم حق طلب القصاص، وجعل هذا الطلب شرطا للتشديد وأوجب الاستجابة لهذا الطلب. وهذا الوجوب مقرر لمصلحة الجماعة التى ترى أن إطفاء شعلة الثأر لدى المجنى عليه فى جرائم الدم والاعتداء على الحقوق الأساسية للإنسان فى سلامة بدنه ضرورى لأمنها واستقرارها الذى يهدده مسلسل الثارات التى يصعب إيقافها .

صحيح أن الفرد له حق طلب القصاص، ولكن هذا ليس معناه أن المجتمع لا مصلحة له فى ذلك. كما لا نقر القول بأن مصالح المجتمع ليست من حقوق الله . يؤكد ذلك قوله بأن "الفقهاء يَعُدُّون العقوبات (جميعها) حقا لله طالما استوجبتها المصلحة العامة وهى رفع الفساد عن الناس وتحقيق الصيانة والسلامة والأمن لهم". وهذا يؤكد ما قلناه من أن جميع الجزاءات الجنائية مقررة للمصلحة العامة وهى من حقوق الله، ولا نرى تخصيص ذلك بالحدود دون غيرها لأن مصلحة المجتمع هى حقوق الله، وهى عامة فى جميع الجزاءات الجنائية الشرعية، ونريد أن نؤكد مجددا أنه لا يتعارض مع هذا قولنا أن الجماعة تعطى للمجنى عليه أو لولى الدم أو لأولياء الأمر فى أحوال استثنائية فى جرائم الاعتداء على الأشخاص حق إسقاط عقوبة القصاص بالعفو أو التصالح لأن العفو كالقصاص ليس فقط لمصلحة هؤلاء بل إنه قبل كل شيء لمصلحة الجماعة لأنه إقرار بزوال نية الثأر ورغبة الانتقام التى ترى الجماعة ويرى الشارع الحكيم أنها تضر باستقرار الجماعة وأمنها كما قدمنا .

3 – قدمنا أننا لا نقر القول بأن الحدود لا مجال فيها لوضع شخصية الجانى موضع الاعتبار، لأننا سبق أن قلنا إن ظروف الجانى التى تؤثر فى اختيار نوع العقوبة يمكن أن تدخل ضمن الشبهات التى تدرأ بها الحدود .

4 – قوله إن الحدود وضعت لتأديب الجانى وكفه هو وغيره عن الجريمة، ينطبق أيضا على جميع أنواع الجزاءات الجنائية وليس خاصا بالحدود بل يشمل التعازير أيضا. ثم إنه لا يعنى فى نظرنا أنه "ليس فى الحدود مجال لوضع شخصية الجانى موضع الاعتبار" كما قدمنا، لأن مراعاة شخصية الجانى وظروفه فى شريعتنا ضرورية لكى تكون العقوبة فى نطاق ما يلزم لتحقيق غايتها الشرعية وهى ردعه وكفه هو وغيره عن الجريمة، لأن فرض العقوبة ونوعها ومقدارها ضرورة استثنائية، والضرورة تقدر بقدرها ولا يجوز أن تتجاوز القدر الضرورى لتحقيق غرضها المشار إليه بالنسبة للجانى وشخصيته وظروفه .

5 – قوله إن "أولياء الأمر" لهم الحق فى العفو عن التعازير يستحق منا الملاحظات الآتية :

توقيع رئيس الدولة على قرار العفو ليس إلا مجرد تنفيذ لقرار أهل الاجتهاد :

(أ) لا يجوز أن يفهم من ذلك أنه يعطى الشرعية لما جرت عليه الدساتير والقوانين الوضعية من إعطاء "رئيس الدولة" أو الدولة ذاتها حق العفو العام أو العفو عن العقوبات، لأن أولياء الأمر المقصودين فى الشريعة فى نطاق التشريع الجنائى هم الأئمة وأهل الاجتهاد والذكر، وفى عصرنا يمكن أن يحل محلهم مجلس للاجتهاد أو المجلس الأعلى للقضاء، وليس السلاطين أو من يسمون رؤساء الدول الذين يمكن أن يستغلوا هذه السلطة لمحاباة أنصارهم أو لأغراض سياسية أو حزبية أو نيابية. وإذا كان القرار بالعفو يوقع عليه رئيس الدولة، فذلك تنفيذا لما قرره أهل الاجتهاد أو مجلس القضاء فالقرار نابع منهم وليس من رئيس الدولة .

(ب) – أن مجلس الاجتهاد (أو المجلس الأعلى للقضاء) لا يجوز أن يقرر العفو العام أو العفو الخاص ارتجالا بدون مبرر شرعى لصالح الجماعة، فهو قرار قضائى لأسباب شرعية وليس إجراء إداريا أو سياسيا لصالح الحكام أو السلطة أو الأحزاب السياسية.

(ج) – ما دام قرار العفو لا بد أن يكون له أساس ومبرر شرعى لمصلحة المجتمع، فهو يكون فى نطاق اختصاص الفقه والاجتهاد وبخاصة ما يراه فى تحديد نطاق الشبهات التى تستوجب منع الحدود، لأن مبدأ درء الحدود بالشبهات مبدأ عام لصالح المجتمع وتحديد المقصود بالشبهات يدخل فى نطاق الاجتهاد، ولذلك لا نرى استبعاد الحدود من نطاق العفو، بل إنه فى نظرنا شامل لجميع العقوبات. كل ما هنالك أن الجرائم المعاقب عليها بالحد جرائم خطيرة ولا بد أن يقوم مجلس القضاء الأعلى أو مجلس الاجتهاد باتخاذ قرار العفو العام أو الخاص بشأنها فى حالات محدودة لأسباب قوية تسوّغ تضييق نطاق الحدود على أساس وجود شبهة تمنع الحد .

على أنه لا مانع فى نظرنا من أن يصدر قرار العفو الخاص من رئيس الدولة الذى تم اختياره بالشورى الحرة، بشرط ألا يكون ذلك إلا بناء على اقتراح أو توصية من المجلس الأعلى للقضاء أو مجلس الاجتهاد، فيكون إصدار القرار من رئيس الدولة أو البرلمان إجراء رمزيا، تنفيذيا أو أنه مجرد أمر بتنفيذ ما قرره أهل الفقه والقضاء .

المبحث الأول
فى عقوبات الزنا

<عوده> ٤٥٠ـ *عقاب الزانى* : للزنا فى الشريعة الإسلامية ثلاث عقوبات هى :

(١) الجلد . (٢) التغريب . (٣) الرجم .

والجلد والتغريب معا هما عقوبة الزانى غير المحصن، أما الرجم فهو عقوبة الزانى المحصن. فإذا كان الزانيان غير محصنين جلدا وغربا، وإن كانا محصنين رجما، وإن كان أحدهما محصنا والثانى غير محصن رجم الأول وجلد الثانى وغرب .

٤٥١ـ *عقوبة الجلد* : تعاقب الشريعة الزانى الذى لم يحصن بعقوبة الجلد، وللعقوبة حد واحد فقط ولو أنها بطبيعتها ذات حدين؛ لأن الشريعة عينت العقوبة وقدرتها فجعلتها مائة جلدة، وذلك قوله تعالى : ﴿الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولا تأخذكم بهما رأفة فى دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين﴾ [النور : ٢] .

وقد وضعت عقوبة الجلد على أساس محاربة الدوافع التى تدعو للجريمة بالدوافع التى تصرف عن الجريمة، وهذا هو الذى يهدينا إليه التأمل والتفكير فى الجريمة وعقوبتها.

فالدافع الذى يدعو الزانى للزنا هو اشتهاء اللذة والاستمتاع بالنشوة التى تصحبها، والدافع الوحيد الذى يصرف الإنسان عن اللذة هو الألم ولا يمكن أن يستمتع الإنسان بنشوة اللذة إذا تذوق مس العذاب، وأى شىء يحقق الألم ويذيق مس العذاب أكثر من الجلد مائة جلدة؟

فالشريعة حينما وضعت عقوبة الجلد للزنا لم تضعها اعتباطا، وإنما وضعتها على أساس من طبيعة الإنسان وفهم لنفسيته وعقليته. والشريعة حينما قررت عقوبة الجلد للزنا دفعت العوامل النفسية التى تدعو للزنا بعوامل نفسية مضادة تصرف عن الزنا، فإذا تغلبت العوامل الداعية على العوامل الصارفة وارتكب الزانى جريمته مرة كان فيما يصيبه من ألم العقوبة وعذابها ما ينسيه اللذة ويحمله على عدم التفكير فيها.

الجلد فى القوانين الوضعية: ولقد كانت عقوبة الجلد من العقوبات التى يعترف بها قانون العقوبات المصرى سنة ١٩٣٧، وكانت وسيلة من وسائل تأديب الأحداث، ثم ألغاها المشرع المصرى مقلدا فى ذلك معظم القوانين الوضعية التى ألغت هذه العقوبة .

عوده وأغلب شراح القوانين اليوم يفكرون فى العودة إلى تقرير عقوبة الجلد ويسعون فى وضع هذه الفكرة موضع التنفيذ. وقد اقترح فعلا فى فرنسا تقرير عقوبة الجلد على أعمال التعدى الشديد التى تقع على الأشخاص، وذكر تأييدا لهذا الاقتراح أن العادات قد تطورت تطورا مخيفا، وأن طبقات العامة أصبحت تلجأ إلى القوة والعنف لحسم المنازعات، وأن الإجرام تغير مظهره عن ذى قبل فأصبح أكثر شدة وأعظم حدة، وألا وسيلة لتوطيد الأمن إلا بإعادة العقوبات البدنية وأفضلها عقوبة الجلد.

ويعارض بعض شراح القوانين فى تقرير عقوبة الجلد لسببين : أولهما النفور من الألم البدنى. وثانيهما إنقاص الاحترام الواجب نحو شخص الإنسان، ولكن أصحاب الرأى المضاد يردون على هؤلاء بأن عقوبة الجلد تمتاز بأنها موجهة إلى حساسية الجانى المادية، وأن الخوف من ألم الجلد هو أول ما يخافه المجرمون فيجب الاستفادة من ذلك فى إرهابهم. أما إنقاص الاحترام الإنسانى ففكرة لا محل لها فى العقاب ولا يصح أن يحتج بها لمن لا يوفر الاحترام لنفسه .

والقائلون بعقوبة الجلد يرون أن تكون مقصورة على المجرمين الذين لا يتأثرون بغيرها من أنواع العقوبات سواء كانوا أحداثا أم بالغين، ومنهم من يرى تخصيص عقوبة الجلد لجرائم السكر وجرائم هتك العرض وجرائم النهب والسرقة وكسر الأسوار وإتلاف المزروعات وقتل المواشى، وعلى العموم لكل الجرائم التى تدل على القسوة وعدم المبالاة، ويحتج هذا الفريق بأنه ما دام قد ثبت بشكل قاطع أن عقوبة الجلد تفوق غيرها من العقوبات فى تأديب المسجونين وحفظ النظام بينهم وهم طائفة فاسدة، فيجب أن يكون الجلد عقوبة أساسية فى القانون ووسيلة من وسائل التأديب والإصلاح لغير المسجونين .

ويعارض "جارو" فى عقوبة الجلد لا لأنها عقوبة غير صالحة، ولكن لأنه يخشى من سوء الاستعمال عند تنفيذ العقوبة، ولأنه يخشى أن يؤدى الرجوع إلى الجلد إلى تبارى المشرعين فى تقرير العقوبات القاسية [1] .

---

(١) الموسوعة الجنائية جـ ٥ ص ٥٣ وما بعدها .

﴿عوده﴾ وعقوبة الجلد وإن كانت ألغيت من أكثر القوانين الجنائية الوضعية، إلا أنها لا تزال عقوبة معترفا بها فى قوانين بعض الدول، ففى إنجلترا يُعَدّ الجلد إحدى العقوبات الأساسية فى القانون الجنائى، وفى الولايات المتحدة يعاقب المسجونون بالجلد، وفى قانونى الجيش والشرطة فى مصر وإنجلترا لا يزال الجلد عقوبة أساسية، وكذلك الحال فى كثير من الدول .

وفى أثناء الحرب الأخيرة رجعت معظم بلاد العالم إلى عقوبة الجلد وطبقتها على المدنيين فى جرائم التموين والتسعير وغيرها. وإن فى اضطرار أكثر بلاد العالم إلى تطبيق عقوبة الجلد على المدنيين فى أثناء الحرب لشهادة قيمة لهذه العقوبة، واعترافا من القائمين على القوانين الوضعية بأن عقوبة الحبس تعجز عن حمل الناس على طاعة القانون .

والعالم حين يقرر عقوبة الجلد فى القوانين العسكرية يعترف بأن هذه العقوبة ضرورية لحفظ النظام بين الجند وحملهم على طاعة القانون، ولكن المدنيين فى أنحاء العالم اليوم أشد حاجة من الجند إلى هذه العقوبة بعد أن أصبحوا لا يحرصون على النظام ولا يعترفون بالطاعة للقوانين. وما أعجب منطق الناس يريدون الطاعة والنظام للجند ولا يستلزمونها للمدنيين، كأن المدنيين ليسوا من الأمة أو ليسوا هم الذين يمدون الجيش بالجنود. وأى عيب فى أن يدين أفراد الأمة جميعا بالخضوع للنظام وبالطاعة للشرائع ؟

هذه هى عقوبة الجلد، وهذا هو رأى العلماء والدول فيها، فمن كان يود أن ينتقد هذه العقوبة فليقل إن العالم كله مخطئ، وإنه هو وحده المصيب، بل ليقل ما شاء فإنه لن يستطيع أن يقول إن التجربة أثبتت عدم الحاجة لهذه العقوبة .

عقوبة الزنا فى القوانين الوضعية: وتعاقب القوانين الوضعية على الزنا بالحبس، وهو عقوبة لا تؤلم الزانى إيلاما يحمله على هجر اللذة التى يتوقعها من وراء الجريمة، ولا تثير فيه من العوامل النفسية المضادة ما يصرف العوامل النفسية الداعية إلى الجريمة أو يكبتها .

وقد أدت عقوبة الحبس إلى إشاعة الفساد والفاحشة، وأكثر الناس الذين يستمسكون عن الزنا اليوم لا تصرفهم عنه العقوبة، وإنما يمسكهم عنه الدين أو الأخلاق الفاضلة التى لم يعرفها أهل الأرض قاطبة إلا عن طريق الدين .

وتمتاز الشريعة الإسلامية بأنها حين جعلت الجلد عقوبة للزنا قد حاربت الجريمة فى النفس قبل أن تحاربها فى الحس، وعالجتها بالعلاج الوحيد الذى لا ينفعها غيره. أما العقوبة التى قررها القانون، فإنها لا تمس دواعى الجريمة فى نفس المجرم ولا حسه إذ الحبس علاج إن صلح لأى جريمة أخرى فهو لا يصلح بحال لجريمة الزنا .

❁ 450، 451 – مبدأ عقاب الزنا والتفرقة بين المحصن وغيره :

العقاب على جريمة الزنا مبدأ أساسى فى الشريعة يقصد به ضبط العلاقات الجنسية فى إطار شرعى وحماية الأسرة بصفتها نواة المجتمع ومحوره. والأساس الشرعى الوحيد للأسرة هو الزواج الشرعى بين رجل وامرأة بقصد التعاون والتكافل والإنجاب وتنشئة الأجيال الجديدة لبقاء النوع ومستقبل الأمة .

ومن أهم المبادئ فى تشريعنا الجنائى تحريم العلاقات الجنسية خارج الزواج الشرعى الذى قصد به توجيه الطاقة الجنسية نحو طريق واحد واضح وعلنى ومستقيم – ومحصن – هو الزواج بشروطه التى قررها شريعتنا الغراء، لذلك يعاقب المتزوج وغير المتزوج على إقامة علاقة جنسية خارج نطاق الزواج .

ويلاحظ أن المتزوج المحصن إذا باشر علاقة جنسية مع غير زوجته الشرعية يكون قد أخل بشروط عقد الزواج وارتكب جريمة خيانة زوجية – إلى جانب الفاحشة – من أجل ذلك فإن من المصلحة أن تكون عقوبة الزانى المتزوج أشد من عقوبة غير المتزوج حتى ولو كانت تعزيرا، بل يذهب الجمهور إلى أن تكون عقوبته الحدية هى القتل بطريق الرجم .

أما غير المحصن، فالجمهور على أن عقوبته هى الجلد التى نص عليها القرآن الكريم (ويضاف له التغريب فى الرأى الراجح (كما سنرى)) . والذين لا يعترفون بحد الرجم يَعُدُّون الجلد هو العقوبة الحدية المقررة لجميع حالات الزنا بنص صريح فى القرآن، ولا يقبلون القول بأن السنة القولية أو العملية يمكن أن تنسخ هذا النص، وخاصة إذا كانت من سنن الآحاد، ويرجحون أن تكون هذه الأقوال أو الأفعال التى أقرت الرجم إنما قد صدرت قبل نزول النص القرآنى العام المطلق الصريح .

كان المنطق يوجب أن تكون عقوبة القتل أولى العقوبات فى هذه الدراسة لأنها أقسى العقوبات وأشدها وأقصاها جميعا، إذ هى استئصال المجرم وإعدامه كما توصف بذلك فى التشريع الوضعى، وكنا نتمنى لو فعل ذلك .

لكن فقيهنا آثر أن يبدأ بدراسة عقوبة الجلد لعدة أسباب، أولها أنه ربط بين أنواع العقوبات وأقسام الجرائم وبدأ بالحدود، وقد رأى أن الجرائم التى تهدد كيان الأسرة (الزنا والقذف) يحسن أن يبدأ بها لأنها هى التى تحظى من مشرعنا بأقصى عناية، ونحن نوافق على ذلك .

أهمية عقوبة الجلد وتوقيعها فى أكثر الجرائم رغم اختلاف أنواعها :

إن زنا المحصن يرى الجمهور أن العقوبة الحدية فيه هى القتل بطريق الرجم، وهذا كان يكفى لكى نبدأ بدارسة عقوبة القتل، لكنه ربما لاحظ أن هناك خلافا فى الفقه حول "حد الرجم فى زنا المحصن" كما سنرى، ولذلك آثر ألا يبدأ به حتى لا يكون ذلك تحيزا منه مقدما للرأى القائل بوجوبه .

على العموم، سوف نسايره فى دراسة عقوبة "الجلد" أولا، لا بعَدِّها حدا فى جريمة الزنا فقط كما يفهم من أقواله، ولكن لأنه عقوبة شرعية فى الزنا وغيره من الحدود والتعازير، التى هى أغلب الجرائم وأكثرها. وقد أشار مرارا إلى أن الفقهاء يفضلونها على غيرها لأنها أكثر ردعا وأسرع أثرا ....

بعد أن أشار فقهينا للجلد بعدِّه عقوبة حدية فى جريمة الزنا (بند **450**) وفى جريمة القذف (البند **455**) وفى جريمة شرب الخمر (البند **457**)، عاد (فى البند **481**) فذكرها ضمن التعازير، وجعلها فى المرتبة الثانية بعد القتل (فى البند **480**)، بل أكد أنه فى نظره هو العقوبة المفضلة فى جرائم التعازير الخطيرة، وأن وجه تفضيلها فى نظره أو فى نظر من يقول بذلك من الفقهاء .... أنها أكثر العقوبات ردعا للمجرمين الخطيرين. ويشير (فى البند **481**) إلى أقوال الفقهاء فى ذلك، ويقول إنه "ليس فى الشريعة ما يمنع أن يكون الجلد عقوبة لأى جريمة من الجرائم التعزيرية" .

ثم يضيف أن بعض الفقهاء يفضل أن يكون الجلد دون غيره عقوبة على الجرائم ١
التى شرعت فى جنسها الحدود ... إذا لم تتوافر فيها شروط تطبيق الحد ... (يراجع البند **481**). ونحن نحيل القارئ إلى دفاعه عن تلك العقوبة فى ذلك البند، فضلا عن مناقشته لآراء بعض " المعاصرين" الذين يعارضونها كما يعارضون جميع العقوبات البدنية وذلك فى هذا البند (**451**).

ثم إنه يضيف أنه عقوبة "ذات حدين، فيمكن أن يجازى بها كل مجرم بالقدر المناسب أى عدد الجلدات الذى يلائم جريمته ويلائم شخصيته فى آن واحد" ...

ولا بد أن نشير فى هذا الصدد إلى ما ذكره (فى البند **484**) من أن بعض القوانين الوضعية (كالقانون المصرى) يكتفى بأن يحدد الحد الأقصى للعقوبات دون الحد الأدنى (الذى يترك للقاضى تحديده). وكنا نود أن يبين لنا لماذا لا يفهم من النصوص القرآنية

❁ الجلد عقوبة ذات حدين بحسب الأصل :

التى تنص على عدد الجلدات فى جريمة الزنا والقذف، أن المقصود هو بيان الحد الأقصى ... ومعنى ذلك أن الحد الأدنى متروك للاجتهاد والقضاء . ونرى أن هذا الفهم لا يجوز إهماله ... أو استبعاده دون مناقشة أو دليل [1] .

يرجح ذلك أنه أشار بعد ذلك مباشرة (بالبند 484) إلى أن الشريعة الإسلامية سبقت جميع القوانين الوضعية إلى تقرير العقوبات غير محددة المدة، وهذا يبرر القول بأن عدد الجلدات المشار إليه فى النص هو الحد الأقصى فقط وهذا أولى من القول بأن المشرع قصد أن تكون العقوبة ذات حد واحد أو أنها لا تأخذ بالاعتبار شخصية الجانى ولا ظروفه فى هذه الجرائم ... لكنه لا يرى هذا الرأى، بل إنه عند كلامه عن عقوبة الجلد الحدية فى الزنا، قال إنها عقوبة ذات حد واحد فقط ولو أنها بطبيعتها ذات حدين، وعلل ذلك بأن النص القرآنى قدرها فى جريمة الزنا بأنها مائة جلدة (سورة النور الآية 2). وقال ذلك أيضا فى كلامه عن الجلد كحد فى جريمة القذف (البند455) مشيرا إلى نص الآية الكريمة رقم (4) فى سورة النور.

أما فى "التعازير"، فقد أفاض فى كلامه عن اختلاف الفقهاء فى الحد الأعلى للجلد، وذكر رأيا للإمام مالك يجيز أن يزيد مقدار الجلد تعزيرا عن مائة جلدة، فى حين أن الحدود تقف عند مائة جلدة، وقد سبق لنا أن قلنا بأننا نرى أنه لا يجوز أن يتجاوز الحد الأقصى فى التعازير عما هو مقرر فى الحدود، بل نرى أن يكون أقل منه ... ويؤيدنا ما ذكره عن قول الرسول الكريم ... "من بلغ حدا فى غير حد فهو من المعتدين". وهذا هو ما ذهبت إليه الحنفية على اختلاف فى المقدار كما بينه، وهذا هو الصواب فى نظرنا .

أما الحد الأدنى فهو مسكوت عنه فى التعازير، ومعنى ذلك أنه متروك للاجتهاد والقضاء فى جميع الحالات، ولا خلاف بين الفقهاء فى ذلك قديما ولا حديثا فى حين يشيرون إلى أنه فى الحدود يَعُدُّون ما ورد فى النص هو عقوبة ذات حد واحد وليس الحد الأعلى فقط ... أى أنه فى نظرهم لا وجود للحد الأدنى .

---

[1] من ناحية أخرى يمكن القول بأن ما ذكره النص هو الحد الأدنى، ويكون للفقه أو القضاء أى الاجتهاد أن يضع الحد الأقصى ، وقد قلنا ذلك فيما يتعلق بالدية ... إذ نرى أنه يجوز أن يضاف لها تعويض ، مع ملاحظة أن التعويض التزام مدنى وليس عقوبة جنائية ..

۞ رأينا فى الاتجاه الأوربي لاستبعاد العقوبات "البدنية" ومنها الجلد، والقتل :

* * *

ولقد خص القرآن الكريم جريمة الزنا بالنص الصريح على معاقبة الزانى والزانية بالجلد علنا على مشهد طائفة من المؤمنين (سورة النور الآية 2) وأمر الناس بألا يقربوا الزنا لأنه كان فاحشة وساء سبيلا .

وقد بدأت فى أوربا حركة للمعارضة فى تقرير الجلد كعقوبة "جنائية، بسبب ما شهدته مجتمعاتهم فى ظل محاكم التفتيش من الإسراف والمغالاة فى تلك العقوبة لدرجة أثارت الناس ضدها .

وبرغم أن القتل هو عقوبة بدنية أشد منها فقد بقى عقوبة قصوى مقررة فى أغلب القوانين الوضعية حتى اليوم، وهناك الآن حركة للمطالبة بإلغائها فى بعض البلاد، بحجة أن هناك تيارا عصريا يطالب بإلغاء جميع العقوبات البدنية بدعوى أنها وحشية أو قسوة لا مبرر لها فى نظر هؤلاء. كما أن هناك من يطالبون بإعادتها فى البلاد التى ألغتها .

لكن شريعتنا لا تقر الغلو ولا التطرف لا فى تطبيق العقوبات البدنية (كما كان الأمر فى أوربا فى العصور الوسطى) ولا فى تحريمها جميعا ودائما كما يطالب البعض الآن، بل شرعت الحل الأوسط المعتدل العادل وهو إبقاؤها كعقوبة حدية مع تحديد نطاقها وقصرها على حالات محصورة مثل جريمة الزنا – فى نظر كثيرين – وكذلك الحرابة وجرائم القصاص مع إحاطتها بشروط عديدة تقلل من تطبيقها .

ويدافع فقيهنا بحق وحماسة عن هذا الاتجاه الأوسط المعتدل لضرورته لسلامة المجتمع وصلاحه وحماية القيم الخلقية التى يقوم عليها .

* * *

أهم الجرائم التى أجيزت فيها العقوبات البدنية هى "الحدود"، لما بيناه من قبل من أنها تهدد أسس المجتمع وقيمه الثابتة. وأول هذه الأسس هو كيان الأسرة ووحدتها وتضامنها، وأولى الجرائم التى تهدم الأسرة وتلغى وجودها هى جريمة الزنا، ولذلك عرضها فقيهنا على أنها أول جرائم الحدود .

❁ الحملة على أحكام الشريعة لها أهداف سياسية صهيونية لإضعاف نظام الأسرة والزواج بقصد منع الزيادة السكانية فى بلادنا :

ويلاحظ أن عصرنا الأخير نظمت فيه بعض القوى الأجنبية والدول الكبرى حملة متعددة الاتجاهات قصد بها تحطيم الأسرة أو إلغاؤها فى المجتمعات الناشئة أو النامية، وفى مقدمتها المجتمعات الإسلامية. وتستفيد الصهيونية من هذه الحملة وتتولى كبرها وتمولها وتوجهها بالنسبة للشعوب العربية والإسلامية، كما تستغل كل قواها المالية ونفوذها الإعلامى والسياسى لتشجيع هذا الاتجاه فى بلادنا بقصد تقليل عدد السكان المسلمين والعرب فى فلسطين أولا ثم فى أقطارنا المجاورة لها فى آسيا وإفريقيا أو ما يسمى بالشرق الأوسط لإيجاد قدر من التوازن بين اليهود المهاجرين الذين جمعتهم من جميع أنحاء الأرض وجميع سكان المنطقة العرب والمسلمين، وضمان بقاء دولة إسرائيل بهذا الأسلوب، لأنهم يريدونها قاعدة عسكرية وسياسية فى فرض سيطرتهم على إقليم الشرق الأوسط (العالم العربى والإسلامى) وعلى العالم كله كلما أمكن ذلك، وهذا ما ظهرت بوادره بزيادة نفوذهم السياسى والمالى والإعلامى فى الدول الكبرى فى أمريكا وأوربا، وفيما يسمى بالنظام العالمى الجديد .

ومن بين الأساليب التى رسمتها القوى الأجنبية والصهيونية لمنع الزيادة السكانية فى العالم الإسلامى، القضاء على الأسرة أو إضعافها فى مجتمعنا بالترويج لحملة سياسية وإعلامية وثقافية للقضاء على مبدإ الزواج الشرعى الذى يؤدى فى نظرهم إلى وحدة الأسرة واستقرارها وجعلها خلية وقاعدة للإنجاب وزيادة النسل، ويدخلون ذلك فى نطاق ما يسمونه "تنظيم الأسرة" الذى جعلوه شعارا للحد من الإنجاب بشروط معينة أو ظروف معينة .

* * *

لكنهم لا يكتفون بتنظيم الأسرة، بل إنهم يبتكرون كل يوم أساليب جديدة لإلغاء الأسرة والقضاء عليها، وذلك بفتح باب الفساد الأخلاقى وترويج العلاقات الجنسية دون زواج شرعى قبل الزواج بل وبعده وخارج نطاق الزواج للمتزوجين وغيرهم، والدعوة إلى ما يسمونه حرية العلاقات الجنسية للمتزوجين وغيرهم وتنشئة الأجيال القادمة على ذلك، حتى وصل الأمر إلى الدعوة للشذوذ الجنسى وحماية من يدعون له

ومن يمارسونه سواء فى صورة السحاق بين النساء أو اللواط بين الرجال حتى وصل الأمر إلى إصدار قوانين تجيز إنشاء أسرة من رجلين أو امرأتين وتقنين هذه الأنماط "الجديدة" من الأسرة الشاذة وإلزام الدول بالاعتراف بما يسمونه أنماطا متعددة للأسرة حتى تشمل زواج رجل برجل أو زواج امرأة بامرأة. بل إنهم قننوا هذا النوع من الأسرة الشاذة فى بعض مجتمعاتهم ويروجون له فى المجتمعات الأخرى لأنها تمتاز فى نظرهم بأنها لا تنجب أطفالا وبالتالى لا يترتب عليها زيادة النسل والسكان ويريدون فرضها بصفة خاصة فى بلادنا .

ولا يكتفون بترويج هذا الشذوذ لإيجاد "أسرة جديدة" لا تنجب أطفالا، بل يسعون أيضا للقضاء على كيان الأسرة الشرعية القائمة على زواج الرجل بالمرأة لأنها تؤدى إلى إنجاب أطفال وزيادة عدد السكان، وخاصة فى الدول النامية والشعوب الناشئة وفى مقدمتها العام العربى والإسلامى .

* * *

إن الاتجاه نحو القضاء على الأسرة وصلت إليه الشعوب الأوربية والأمريكية المتقدمة تدريجيا وتلقائيا وحتميا بسبب التيار المادى للترف والفساد، وبحكم ما يسمونه الغلو فى "الليبرالية" أو الديمقراطية الليبرالية التى يقصد بها إطلاق أهواء الأفراد وعدم وضع حدود يلتزمون بها فى سلوكهم الشخصى وعلاقاتهم الجنسية، حتى أصبح الفرد فى هذه الشعوب الغنية المترفة يتخذ إلهه هواه، ولا يقبل الالتزام بحدود أخلاقية ثابتة ومقدسة فرضها الله الخالق البارئ المصور. وترتب على ذلك أن الأفراد أنفسهم فى تلك الشعوب التى يَعُدُّونها المتقدمة أصبحوا يفضلون العلاقات الجنسية خارج إطار الزواج، وينصرفون عن الزواج لما يترتب عليه من التزامات وقيود تحد من التسيب الأخلاقى والجنسى وما يتبعه من التزامات بالإنفاق على الأولاد وتربيتهم ورعايتهم وقبول قيود وحدود على ما يريدونه من "حرية جنسية" يعدونها من الحريات الديمقراطية.

لذلك، أصبحت تلك المجتمعات تشكو من قلة النسل، بل يرى بعض فلاسفتها أنها مهددة بالفناء نتيجة تناقص عدد سكانها بسبب قلة عدد الأولاد وعدم صيانة العلاقات الأسرية .

❁ هجوم منظم علي مبادئ شريعتنا وخاصة منها ما تقرره لضبط العلاقات الجنسية وحصرها فى نطاق الزواج وحماية الأسرة الشرعية ورعاية الطفولة:

ويرون أن هذا سوف يؤدى فى نظرهم إلى الإخلال بالتوازن فيما بين الدول الناشئة والنامية التى يزداد فيها عدد السكان بسبب محافظتها على نظام الزواج والأسرة، وبين الدول الغنية المتقدمة المترفة التى يتناقص فيها النسل وتتلاشى الأسرة .

لقد بدأ كثير من فلاسفتهم وساستهم يحذرون دولهم من أن زيادة عدد سكان الشعوب الناشئة مع تناقص عدد سكان شعوبهم الغنية سيترتب عليه إخلال بالتوازن الدولى الحالى ويؤدى إلى زيادة نفوذ الشعوب كثيرة السكان. بل وقد يؤدى ذلك فى نظرهم إلى سيطرتها على العالم كله وتناقص نفوذ الدول الغنية الليبرالية المتقدمة فى أوربا وأمريكا المهددة بتناقص عدد سكانها بسبب عدم الإقبال على الإنجاب .

* * *

وبدلا من معالجة مشكلاتهم الأخلاقية والاجتماعية لاستعادة حماية الأسرة ومقاومة الانحلال الأخلاقى فى بلادهم، زين لهم شياطينهم أن الحل الأمثل هو التخطيط لتقليل عدد سكان الشعوب الأخرى الناشئة فى آسيا وإفريقيا. واستغلت الصهيونية ذلك لتوجيه هذا الهجوم ضد الشعوب العربية والإسلامية فى الدرجة الأولى .... لتزداد إسرائيل قوة بزيادة عدد المهاجرين لها فى حين يتناقص عدد المسلمين والعرب بترويج الدعوة لتحديد النسل أولا باسم تنظيم الأسرة. ثم العمل على إضعاف وجود الأسرة الشرعية أو إلغائها بترويج التحلل الأخلاقى "والحرية الجنسية" وإضعاف علاقة الأبوة والأمومة وإعطاء الشرعية للزنا والفسق والشذوذ الجنسى .. الذى لا ينجب أطفالا.

* * *

من ذلك، يتبين أن مبادئ الشريعة التى تصون الأسرة وتحصر العلاقات الجنسية فى إطار الزواج الشرعى بين الرجل والمرأة وتعاقب على الزنا بعقوبة حدية، وأن أحكام الزواج التى تلزم الآباء والأمهات برعاية الأطفال وتربيتهم قد عُدَّتْ فى نظر القوى المعادية للإسلام عقبة تحول دون ترويج دعوتهم شعوبنا لإضعاف الأسرة واستبعاد الزواج الشرعى وإحلال "الحرية الجنسية" قبل الزواج أولا وبعد الزواج للمتزوجين كذلك، بل وترويج اللواط والشذوذ الجنسى والسحاق بين النساء .

❁ حملة إعلامية مشبوهة لإضعاف الأسرة وترويج العلاقات الجنسية خارج الزواج :

ونراهم يسعون إلى حشد قواهم المالية والإعلامية بهدف تجنيد عدد من النساء (المتحررات) اللاتى يفضلن الأسفار والرحلات والمؤتمرات التى تنظم لهن وتوفر لهن الأموال اللازمة للمساحيق والعطور والأزياء التى تتولى "الموضة" ترويجها ... ويكرهن متاعب الحمل والولادة وتربية الأطفال ورعاية الأسرة ... ويرفع هؤلاء النساء ومن معهن من "النسائيين" شعار تحرير المرأة من متاعب الحمل والولادة وإنجاب الأطفال ورعايتهم والإنفاق عليهم وتربيتهم، بل ومن قيود الأسرة والسلوك القويم وما وضع لحمايتهما من أحكام شرعية تعاقب على الزنا والفسق والانحلال والشذوذ الجنسى ....

إننا نرى أنه قد نشطت منذ فترة طويلة حملة إعلامية وثقافية وسياسية منظمة للتشهير بمبادئ الشريعة الإسلامية التى أصبحت هدفا لهجوم القوى الدولية التى تسيطر الآن على النظام العالمى الذى ينفق الملايين سنويا للتخطيط العدائى وإنشاء مراكز ومنظمات ومؤتمرات لا هدف لها سوى ترويج الدعوة فى بلادنا لإضعاف العلاقات الأسرية ونشر التحلل الأخلاقى وتسهيل الفساد لإرضاء الشهوات الجنسية دون حاجة للزواج الذى جعله الله فى شريعتنا ضروريا لبناء المجتمعات الصالحة المتضامنة المبنية على قداسة الأسرة والزواج والتزامات الأمهات والآباء نحو الإنجاب وزيادة النسل وتنشئة الأجيال الجديدة لإعمار الأرض وبقاء النوع الإنسانى وصلاح المجتمعات البشرية .

* * *

الذى يهمنا الآن هو بيان أن الهجوم على مبادئ الشريعة يستهدف أولا المبادئ والأحكام المتعلقة بالأسرة والزواج والقيم الأخلاقية. وهذا الهجوم المخطط والمنظم يستغل بعض الأفراد فى بلادنا ويجعلهم يدّعون أن هدفهم هو "الحريات الديمقراطية" أو الليبرالية أو المساواة بين الجنسين أو تحرير المرأة أو تنظيم الأسرة ...إلخ فى حين أنهم يتلقون الأموال والدعم الإعلامى والسياسى من بعض الدول الكبرى والمنظمات الدولية التى تتجه الآن لإنشاء ما يسمونه "منظمات غير حكومية" تعمل لحسابهم من أجل تنفيذ الخطط المشبوهة التى يرسمونها لتحقيق أهدافهم السياسية الرامية لإضعاف مجتمعاتها وإبادتها أو استبعاد تطبيق الشريعة ومقاومة من يدعون لذلك لتمكينهم من إحكام

۞ الهجوم على مبادئ تشريعنا الجنائي يستهدف الأحكام والمبادئ التى تحصن الأسرة والزواج :

سيطرتهم على شعوبنا إما بطريق الاستعمار المباشر أو الإمبريالية العالمية وإما عن طريق الصهيونية ودولتها إسرائيل التى هى قاعدة تعمل لحساب كل من يطمعون فى بلادنا ويستغلون ثرواتنا وتتحالف معهم ضد شعوبنا وحقوقنا .

إننا نستلفت نظر القارئ إلى أن الحجج القانونية أو الفلسفية التى ترفع شعارات تحرير المرأة أو الليبرالية والديمقراطية، ليست إلا ستارا لإخفاء الأهداف السياسية التى يسعى إليها أعداء أمتنا ويريدون خداعنا بها، ومصلحتهم فيها هى إضعاف مجتماعتنا حتى تستمر وتزداد سيطرتهم علينا .

إن فقيهنا تعرض بقوة للرد على هذه الحجج التى نعتقد نحن أنها زائفة، ونحن نشكره لأنه تولى ذلك .. ونؤيده .

* * *

وعلينا أن نلخص رأينا فى كلمتين :

الأولى : موجَّهة إلى أصدقائنا وزملائنا وإخواننا الذين تستهويهم هذه الشعارات أو تخدعهم ومن يتخذونها وسيلة للمعارضة فى تطبيق الشريعة أو مقاومة الدعوة لذلك، وعليَّ أن أذكرهم بأن من يروجونها إنما يستخدمونها لخدمة أهداف قوى أجنبية وصهيونية تنفذ الخطط التى أشرنا إليها لإضعاف مجتمعاتنا وهدم أصولها الشرعية المتينة من أجل تمكين قوى أجنبية معينة من السيطرة على بلادنا ومنطقتنا .

الثانية : أن الدفاع عن الشريعة لا يكفى فيه تقديس تراثنا الفقهى المجيد، بل يجب علينا أن نواصل عملية التجديد والتقنين والتنظير فى فقهنا سواء ما تعلق منه بالأسرة أو بالتشريع الجنائى الذى يحمى الأسرة والقيم الأخلاقية والاجتماعية لأنهما الهدف الأول للحملة المنظمة ضد تطبيق الشريعة .

❁ أسلوبنا يربط الأحكام الجنائية الشرعية بالقيم الأخلاقية والحقوق الإنسانية والاجتماعية وفى مقدمتها مبدأ حصانة الأسرة والزواج وتضامنها واستقرارها لتكون أساسا للمجتمع الصالح :

* * *

ولهذا، فإننى فى هذه الدراسة حرصت على القيام بخطوة أخرى تتناسب مع ما قام به شهيدنا لكى نواصل عمله فى تجديد الفقه الجنائى الإسلامى، وذلك عن طريق ربط الأحكام الفرعية جميعها، بالقيم الأخلاقية والحقوق الإنسانية والاجتماعية التى شرعت العقوبات والجزاءات الجنائية لحمايتها، وفى مقدمتها ما يتعلق بالأسرة وكيانها ووحدتها وتضامنها وما يتعلق بالقيم الأساسية التى يقوم عليها المجتمع الصالح .

وسيرى القارئ أن كثيرا من الأحكام الجنائية التى يشهر بها أعداؤنا ويوهموننا بأنها رجعية أو متخلفة أو قاسية، إنما هى فى الحقيقة مفخرة لشريعتنا وهى ضمان لبقاء مجتمعاتنا ونموها واستقرارها وحمايتها من عدوى الفساد والانحلال الذى ينخر فى كيان المجتمعات الأجنبية الغنية المترفة ويهددها بالسقوط بل والفناء، ويحاولون أن يجروننا معهم إلى الانحلال الذى يهدد مجتمعاتهم الغنية التى يفسدها الترف والتحلل الذى تحمينا منه أحكام شريعتنا .

إن عقوبات الحدود بالذات ليست مقررة لمقاومة انحرافات فردية أو جرائم معينة فقط، بل إنها سياج يحصن المجتمع كله من السقوط فى مهاوى الفساد والانحلال والفناء . لذلك فإن هذه الحدود لها طابع دينى، وأجمع فقهاؤنا على أنها حق لله تعالى. وسنبين فى كلامنا عن التوبة أن هدفها هو تخويف المتهم وتشجيعه على التوبة التى يترتب عليها سقوط الحد .

عوده ٤٥٢ ـ *عقوبة التغريب* : وتعاقب الشريعة الزانى غير المحصن بالتغريب عاما بعد جلده، والمصدر التشريعى لهذه العقوبة حديث النبى ﷺ "البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام" .

وهذا الحديث غير متفق عليه بين الفقهاء، ولذلك اختلفوا حيال هذه العقوبة، فأبو حنيفة وأصحابه يرون أن الحديث منسوخ أو غير مشهور، وإذا اعترفوا بالتغرب فإنما يعترفون به على أنه تعزير لا حد يجوز الحكم به إذا رآه الإمام [١]، ومالك يرى التغريب حدا واجبا على الرجل دون المرأة [٢]، والشافعى وأحمد[٣] يريان فى التغريب حدا يجب على كل زان غير محصن[٤] .

ويرى القائلون بالتغريب أن يغرب الزانى من بلده الذى زنا فيه إلى بلد آخر داخل حدود دار الإسلام على ألا تقل المسافة بين البلدين عن مسافة القصر .

ويرى مالك أن يسجن الزانى فى البلدة التى يغرب إليها[٥]، ويرى الشافعى أن يراقب فى البلدة التى يغرب إليها ولا يحبس إلا إذا خيف هربه ورجوعه إلى بلدته فيحبس[٦] ، ويرى أحمد ألا يحبس المغرب[٧] .

والتغريب يُعَدُّ عقوبة تكميلية بالنسبة لعقوبة الجلد، وله فى نظرنا علتان :

الأولى : التمهيد لنسيان الجريمة بأسرع ما يمكن، وهذا يقتضى إبعاد المجرم عن مسرح الجريمة، أما بقاؤه بين ظهرانى الجماعة فإنه يحيى ذكرى الجريمة ويحول دون نسيانها بسهولة .

---

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٣٤ وما بعدها .

(٢) شرح الزرقانى جـ ٨ ص ٨٣ .

(٣) أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٢٩ – المغنى جـ ١٠ ص ١٣٥، ١٤٤ .

(٤) يرى مالك أن التغريب على الرجل دون المرأة وعلى الحر دون العبد ، ويجعل أحمد التغريب عقوبة على الأحرار فقط رجالا ونساء. أما الشافعى فيجعله على الرجال والنساء والأحرار والعبيد .

(٥) شرح الزرقانى جـ ٨ ص ٨٣ .

(٦) أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٣٠ .

(٧) المغنى جـ ١٠ ص ١٣٦ .

<عوده> الثانية : أن إبعاد المجرم عن مسرح الجريمة يجنبه مضايقات كثيرة لا بد أن يلقاها إذا لم يبعد، وقد تصل هذه المضايقات إلى حد قطع الرزق، وقد لا تزيد على حد المهانة والتحقير، فالإبعاد يهيئ للجانى أن يحيا من جديد حياة كريمة .

وظاهر مما سبق أن التغريب وإن كان عقوبة إلا أنه شرع لمصلحة الجانى أولا ولصالح الجماعة ثانيا. والمشاهد حتى فى عصرنا الحالى الذى انعدم فيه الحياء أن كثيرين ممن تصيبهم معرة الزنا يهجرون موطن الجريمة مختارين لينأوا بأنفسهم عن الذلة والمهانة التى تصيبهم فى هذا المكان .

452 – التغريب عقوبة تكميلية، أو تدبير وقائي :

التغريب هو الحكم بمنع المحكوم عليه من الإقامة فى مكان ما، يكون عادة محل وقوع الجريمة، أو محل إقامته، إو إلزامه بالإقامة فى مكان معين، وهو ما يسمى فى الوقت الحاضر بالإبعاد أو بالإقامة الجبرية .

وقد درسه فى هذا البند كعقوبة تكميلية لعقوبة الجلد فى جريمة الزنا، ثم ذكره باسم عقوبة "النفى" المقررة على قاطع الطريق .... (فى البند 467). وإذا كان هو لم يربط بين النفى والتغريب فإننا نرى أن ذلك أولى .

وسنرى أنه خصص له البند (485) ووصفه بأنه يُعَدُّ تعزيرا باتفاق الفقهاء ... واستطرد فى الكلام عن الخلافات بين الفقهاء فى مدته، وهل يتضمن "الإقامة الجبرية" أو الحبس ... وما هى القيود التى تفرض على حرية المحكوم عليه بالتغريب ... وآراء شراح القوانين الوضعية بشأنه وموقف القوانين العصرية منه ....

وسنعود لهذا البحث فى دراسة القسم الخاص .

ونحن نرجح عَدَّ التغريب من التدابير الوقائية أوالجزاءات التكميلية، ونفضل إحاطته بقيود وشروط وضمانات عديدة حتى لا يساء استعماله كعقوبة لأهداف سياسية لصالح السلطات الاستبدادية والإمبريالية العالمية .

‹عوده› ٤٥٣ ـ *عقوبة الرجم* : الرجم عقوبة الزانى المحصن رجلا كان أو امرأة. ومعنى الرجم القتل رميا بالحجارة. ولم يرد فى القرآن شيء عن الرجم، ولذلك أنكر الخوارج عقوبة الرجم، ومذهبهم يقوم على جلد المحصن وغير المحصن والتسوية بينهما فى العقوبة. وفيما عدا الخوارج فالإجماع منعقد على إقرار عقوبة الرجم؛ لأن رسول الله ﷺ أمر بها وأجمع أصحابه من بعده عليها. ومن الأحاديث المشهورة فى هذا الباب "لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث : كفر بعد إيمان، وزنا بعد إحصان، وقتل نفس بغير نفس". وقد أثر عن الرسول أنه أمر برجم ماعز والغامدية وصاحبة العسيف. فالرجم سنة فعلية وسنة قولية فى وقت واحد .

وقد وضعت عقوبة الرجم على نفس الأساس الذى وضعت عليه عقوبة الجلد للزانى غير المحصن، ولكن شددت عقوبة المحصن للإحصان؛ لأن الإحصان يصرف الشخص عادة عن التفكير فى الزنا . فإن فكر فيه بعد ذلك فإنما يدل تفكيره فيه على قوة اشتهائه للذة المحرمة وشدة اندفاعه للاستمتاع بما يصحبها من نشوة، فوجب أن توضع له عقوبة فيها من قوة الألم وشدة العذاب ما فيها بحيث إذا فكر فى هذه اللذة المحرمة وذكر معها العقوبة المقررة تغلب التفكير فى الألم الذى يصيبه من العقوبة على التفكير فى اللذة التى يصيبها من الجريمة .

ويستكثر البعض منا اليوم عقوبة الرجم على الزانى المحصن؛ وهو قول يقولونه بأفواههم ولا تؤمن به قلوبهم ، ولو أن أحد هؤلاء وجد امرأته أو ابنته تزنى واستطاع أن يقتلها ومن يزنى بها لما تأخر عن ذلك. والشريعة الإسلامية قد سارت فى هذه المسألة كما سارت فى كل أحكامها على أدق المقاييس وأعدلها. فالزانى المحصن هو قبل كل شيء مثل سيئ لغيره من الرجال والنساء المحصنين، وليس للمثل السيئ فى الشريعة حق البقاء. والشريعة بعد ذلك تقوم على الفضيلة المطلقة وتحرص على الأخلاق والأعراض والأنساب من التلوث والاختلاط، وهى توجب على الإنسان أن يجاهد شهوته ولا يستجيب لها إلا من طريق الحلال وهو الزواج، وأوجبت عليه إذا بلغ الباءة أن يتزوج حتى لا يعرض نفسه للفتنة أو يحملها مالا تطيق. فإذا لم يتزوج وغلبته على عقله وعزيمته الشهوات، فعقابه أن يجلد مائة جلدة وشفيعه فى هذه العقوبة الخفيفة تأخيره فى الزواج الذى أدى به إلى الجريمة. أما إذا تزوج فأحصن فقد حرصت الشريعة على ألا تجعل له بعد الإحصان سبيلا إلى الجريمة، فلم تجعل الزواج أبديا

﴿عوده﴾ حتى لا يقع فى الخطيئة أحد الزوجين إذا فسد ما بينهما، وأباحت للزوجة أن تجعل العصمة فى يدها وقت الزواج، كما أباحت لها أن تطلب الطلاق للغَيْبة والمرض والضرر والإعسار، وأباحت للزوج الطلاق فى كل وقت وأحلت له أن يتزوج أكثر من واحدة على أن يعدل بينهن. وبهذا فتحت الشريعة للمحصن كل أبواب الحلال وأغلقت دونه باب الحرام، فكان عدلا وقد انقطعت الأسباب التى تدعو للجريمة من ناحية العقل والطبع، أن تنقطع المعاذير التى تدعو إلى تخفيف العقاب، وأن يؤخذ المحصن بالعقوبة التى لا يصلح غيرها لمن استعصى على الإصلاح.

ولو أن هؤلاء الذين يجزعون من القتل للزانى رجعوا إلى الواقع، لاستقام لهم الأمر ولعلموا أن الشريعة الإسلامية حين أوجبت قتل الزانى المحصن لم تأت بشىء يخالف مألوف الناس. فنحن الآن تحت حكم القانون، وهو يعاقب على الزنا بالحبس إذا كان أحد الزانيين محصنا، فإذا لم يكن أحدهما محصنا فلا عقاب ما لم يكن إكراه، هذا هو حكم القانون. فهل رضى الناس حكم القانون؟ إنهم لم يرضوه ولن يرضوه. بل إنهم حين رفضوا حكم القانون القائم مرغمين أقبلوا على عقوبة الشريعة المعطلة مختارين، فهم يقتصون من الزانى محصنا وغير محصن بالقتل، وهم ينفذون القتل بوسائل لا يبلغ الرجم بعض ما يصحبها من العذاب، فهم يغرقون الزانى ويحرقونه ويقطعون أوصاله ويهشمون عظامه ويمثلون به أشنع تمثيل. وأقلهم جرأة على القتل يكتفى بالسم يدسه لمن أوجب عليه الموت زناه. ولو أحصينا جرائم القتل التى تقع بسبب الزنا، لبلغت نصف جرائم القتل جميعا، فإذا كان هذا هو الواقع؛ فما الذى يخشاه من عقوبة الرجم؟ إن الأخذ بها لن يكون إلا اعترافا بالواقع. والاعتراف بالواقع شجاعة وفضيلة، ولا أظننا بالرغم مما وصلنا إليه من تدهور نكره الإقرار بالحق أو نخشى الاعتراف بالواقع المحسوس .

ويخشى البعض أن يكون فى عقوبة الرجم شىء من القسوة، ولمثل هؤلاء نقول : إن الرجم هو القتل لا غير، وإن قوانين العالم كله تبيح القتل عقوبة لبعض الجرائم، ولا فرق بين من يقتل شنقا أو ضربا بالفأس أو تسميما بالغاز أو صعقا بالكهرباء أو رجما بالحجارة أو رميا بالرصاص، فكل هؤلاء يقتل ولكن وسائل القتل هى التى فيها الاختلاف، ولا فرق فى النتيجة بين الرمى بالحجارة والرمى بالرصاص. ومن كان يظن أن الموت يسرع إلى المقتول بالرصاص فى كل حال ويبطئ عن المرجوم بالحجارة

﴿عوده﴾ فى كل الأحوال فهو فى ظنه على خطإ مبين؛ لأن الرصاص قد لا يصيب مقتلا من القتيل فيتأخر موته، ولأن الحجارة قد تصيب المقتل وتسرع بالموت أكثر مما يسرع به الرصاص، فرماة الرصاص عددهم محدود وطلقاهم معدودة أما رماة الأحجار فعددهم غير محدود وعليهم أن يرموا الزانى حتى يموت. ومن استطاع أن يتصور مائة أو مئات يقذفون شخصا فى مقاتله بالأحجار، استطاع أن يتصور أنه يموت بأسهل وأسرع مما يموت قتيل الرصاص.

ولقد دلت التجارب على أن حبل المشنقة لا يزهق الروح فى بعض الأحوال، وأنه لا يزهقها بالسرعة اللازمة فى كثير من الأحوال. كما دلت التجارب على أن ضرب الفأس الواحدة قد لا يكفى لقطع الرقبة، وأن قطع الرقبة ليس هو أسهل الطرق للموت، كذلك فإن التسميم بالغاز والصعق بالكهرباء يبطئ بالموت أحيانا أكثر مما يبطئ به الشنق أو الرصاص .

وأخيرا فإن التفكير فى هذه المسألة بالذات تفكير لا يتفق مع طبيعة العقاب، فالموت إذا تجرد من الألم والعذاب كان من أتفه العقوبات. وأكثر الناس اليوم إذا اتجه تفكيرهم للموت فكروا فيما يصحبه من ألم وعذاب، فهم لا يخافون الموت فى ذاته وإنما يخافون العذاب الذى يصحب الموت. وإذا كان العذاب لا قيمة له مع المحكوم عليه بالموت، فإن قيمته يجب أن تظل محفوظة للزجر والتخويف، وليس من مصلحة المجتمع فى شىء أن يفهم أفراده أن العقوبة هينة لينة لا تؤلم ولا تدعو للخوف. وقد بلغت آية الزنا {النور:٢} الغاية فى إبراز هذا المعنى حيث جاء بها : ﴿ ولا تأخذْكم بهما رأفةٌ فى دين الله ﴾، وحيث جاء بها: ﴿وليَشهدْ عذابَهما طائفةٌ من المؤمنين﴾، ذلك أن الرأفة بالمجرمين تشجع على الإجرام، والعذاب الذى يصحب العقوبة هو الذى يؤدب من أجرم ويزجر من لم يجرم .

٤٥٤ ـ *تعليق على عقوبات الزنا* : هذه هى عقوبات الزنا فى الشريعة الإسلامية لم تجئ ارتجالا، ولم توضع اعتباطا، وإنما جاءت بعد فهم صحيح لتكوين الإنسان وعقليته، وتقدير دقيق لغرائزه وميوله وعواطفه، ووضعت لتحفظ مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة، فهى عقوبات علمية تشريعية. هى عقوبات علمية؛ لأنها وضعت على أساس العلم بالنفس البشرية، وهى عقوبات تشريعية؛ لأنها شرعت لمحاربة الجريمة، وهذه ميزة تمتاز بها العقوبات التى وضعتها الشريعة لجرائم الحدود وجرائم القصاص والدية، ولا تكاد هذه الميزة توجد فى عقوبة من العقوبات التى تطبقها القوانين الوضعية .

〈عوده〉 ولا ريب فى أن العقوبة التى تقوم على فهم نفسية المجرم هى العقوبة التى يكتب لها النجاح؛ لأنها تحارب الإجرام فى نفس الفرد وتحفظ مصلحة الجماعة. ثم هى بعد ذلك أعدل العقوبات؛ لأنها لا تظلم المجرم ولا تهضمه ولا تحمله مالا يطيق فى سبيل الجماعة، وكيف تظلمه وقد بنيت على أساس قدرته واشتقت من طبيعته ونفسيته؟ وهى عادلة أيضا بالنسبة للجماعة؛ لأن عدالتها بالنسبة للأفراد هى عدالة لمجموعهم، ولأنها تحفظ للمجتمع حقه ولا تضحى به فى سبيل الأفراد. والعقوبة التى تحابى الأفراد على حساب الجماعة، إنما تضيع مصلحة الفرد والجماعة معا؛ لأنها تؤدى إلى ازدياد الجرائم واختلال الأمن ثم توهين النظام وانحلال المجتمع. وإذا دب الانحلال فى مجتمع فقل على الأفراد وعلى المجتمع العفاء .

ولقد كان لعقوبات الزنا التى جاءت بها الشريعة أثرها فى محاربة الجريمة فى كل زمان ومكان. ونستطيع أن نلمس هذا الأثر القوى فى أى بلد يأخذ بأحكام الشريعة، ونستطيع أن نلمسه فى الفرق بين ما كنا عليه من خمسين أو أربعين أو ثلاثين سنة أو أقل من ذلك ، وبين ما نحن عليه الآن. ولم تكن الشريعة تطبق قبل خمسين سنة، ولكن أثرها القوى كان لا يزال باقيا متمثلا فى أخلاقنا وعاداتنا وتقاليدنا. ثم أخذ يضعف ويتضاءل على مر الأيام .

ونستطيع أن نلمس أثر الشريعة واضحا فى الفرق بين الشرق الإسلامى عامة وبين بلاد الغرب، بالرغم من أن بلاد الشرق كلها تقريبا قد أخذت بقوانين الغرب ونظمه ودرجت على أثره وراحت تتشبه به حتى فيما يتصل بالأعراض والأخلاق، فلا يزال الشرق ينفر من جريمة الزنا ويستفظعها ويحقر مرتكبيها ويستقل كل عقوبة مهما عظمت عليها، بينما الغرب لا يحفل بهذه الجريمة ولا يهتم بالأخلاق والأعراض على العموم. والفرق بين الشرق والغرب هو الفرق بين الشريعة والقانون، كل قد ترك طابعه فى الجماعة التى حكمها طويلا؛ فعقوبة الشريعة العادلة الرادعة قد خلفت وراءها مجتمعا صالحا يقوم على الأخلاق الفاضلة، وعقوبة القانون الهينة على الأفراد المضيعة للجماعة قد تركت وراءها مجتمعا فاسدا منحلا تسيره الأهواء وتحكمه الشهوات.

❁ 453، 454 – القيم الأخلاقية التى توجب العقاب على الزنا والفاحشة :

أشد عقوبات الزنا هى القتل بطريق الرجم، ويَعُدُّه الجمهور حدا فى زنا المحصن.

لقد أشار إلى أنه لم يرد فى القرآن شىء عن هذه العقوبة المغلظة، ولذلك فإن بعض المذاهب ينكرها، ويَعُدُّون النص القرآنى على الجلد قد فرض الحد فى جميع صور الزنا. وإذا كان هو ينسب هذا الرأى للخوارج، فإن عددا من الفقهاء المحدثين يرجحونه. اعتمادا على أن السنة لا يجوز أن تنسخ حكما قرآنيا .

وقد سبق أن بينا أن زنا المحصن يستحق عقوبة مغلظة لأن فيه خيانة للزوجية، التى يمكن عَدُّها ظرفا مشددا للعقوبة فى الزنا، وهذا يسوِّغ تشديد العقوبة على المحصن، حتى عند من "يعارضون" الرجم، وفقيهنا يرد بشدة على من ينتقدون عقوبة الرجم، ويذكر ما يبررها فى نظره، ويرد على من يصفونها بالقسوة .

وهو يشير إلى أن الرجم ما هو إلا عقوبة القتل، لكن طريقته وأداته قصد بها زيادة التخويف والإيلام لردع مرتكبى هذه الفاحشة وغيرهم، وهذا يفتح لنا بابا للبحث فى إمكانية التمييز بين العقوبة وأداة تنفيذها. ولنا أن نتساءل إن كانت طريقة التنفيذ وأداته تُعَدّ ركنا فى العقوبة أم أنها إجراء يخضع لتقدير السلطة التى تنفذها، حتى تراعى فى ذلك تطورات المجتمعات وظروفها .

والحق أن المجتمعات الإنسانية شهدت فى الماضى أساليب عديدة للقتل قصد بها تغليظ العقوبة والتخويف منها، فقد استعمل قطع الأعضاء والصلب والتمثيل بالجثة زيادة فى تخويف الناس منها، وسنعود لذلك فيما بعد .

لكن من المؤكد أن روح تشريعنا تكره هذه العقوبة القصوى وتحاصرها. لذلك، نجده يقرر فيما بعد (البند 480 بشأن التعازير) أن الفقه يرى استبعادها فى التعزير وأنه لا يجوز فى التعزير قتل ولا قطع الأعضاء مهما تكن خطورة الجريمة .

ومع ذلك، أشار إلى أن الحنفية شذوا عن ذلك بإجازة القتل سياسة فى التعزير، ووضعوا لذلك قيودا حتى يكون فى أضيق الحدود التى تقتضيها الضرورة "الاجتماعية والسياسية"، لكننا لا نوافق على هذا الرأى لأنه يفتح بابا للإسراف فى قتل المعارضين للحكام المستبدين .

❁ اتجاه شريعتنا للحد من عقوبة القتل :

ونحن نؤيد رأى جمهور الفقهاء الذين يتمسكون بعدم جواز القتل تعزيرا، ولا بد أن يكون رأيهم هذا متجاوبا مع الذين يطالبون فى عصرنا الحاضر، بإلغاء عقوبة "الإعدام"، مع فارق مهمّ هو أن فقهاءنا يلتزمون بهذه العقوبة فى نطاق الحدود والقصاص الذى لا يحكم به إلا فى نطاق المبدإ الشهير "ادرءوا الحدود بالشبهات" .

وليس أدل على حرص شريعتنا على التضييق فى نطاق عقوبة القتل من أن القصاص الذى يستحقه القاتل الذى يثبت عليه بالطريق الشرعى تعمد ارتكاب جريمة القتل التى هى أبغض الجرائم؛ حتى إن القرآن وصف من يقتل فردا بأنه قتل الناس جميعا، ومع ذلك منح لولى الدم حق العفو عن تلك العقوبة العادلة. وفى العادة يعفو عندما يحصل على تعويض مقنع له، وحينذاك يلتزم المجتمع بإسقاط القصاص والاكتفاء بعقوبة التعزير التى لا تصل لحد القتل .

هكذا نرى أن فقيهنا على حق فى حماسته للإشادة بالمنهج العادل المتوازن الأوسط الذى استطاع به فقهنا أن يوفق بين أكبر قدر من الاستجابة للغاية الاجتماعية فى محاصرة تلك العقوبة القصوى وتحديد نطاقها، مع بقائها رمزا لتحذير المجرمين الذين يهددون أسس المجتمع الصالح ويهاجمون القيم الإنسانية والأساسية التى يراها ضرورية لصلاح المجتمع وأمنه وتقدمه .

ولا عجب إذن أن يكون الملتزمون بالشريعة الداعين لتطبيقها وتنفيذها هدفا للهجوم من ناحية طائفتين من المسرفين والمتطرفين :

أولهم أولئك الطغاة المستبدون الذين يفرضون سلطانهم بقتل المعارضين والناقدين والمطالبين بحقوقهم، وذلك بإصدار ما يسمونه قوانين وقرارات سيئة السمعة ويستبيحون بها دماء الناس .

أما الطائفة الثانية، فهى تسرف فى استغلال شعارات الليبرالية الأوربية وتهاجم العقوبات الشرعية زاعمين أنها قاسية ... وخاصة فى طريقة تنفيذ عقوبة القتل بالسيف أو بالرجم .... كأن القتل بالمقصلة أو الكرسى الكهربائى أو الشنق هو قمة الإنسانية التى يخشون ألا يقرها فقهنا أو لا تعرفها شريعتنا.

❁ الهجوم على مبادئ شريعتنا هدف إستراتيجي للقوى الطامعة في السيطرة على شعوبنا:

مع أن هذا التخوف لا محل له كما سنرى فيما بعد ... وينسون أن الهجوم على الشريعة هو هدف إستراتيجي للقوى الأجنبية الطامعة التى تسعى لاستعباد شعوبنا واستغلالها بل وإبادتها كلما أمكن ذلك. ولكى تصل إلى أهدافها تحاول حرماننا من مصدر القوة والوحدة بين شعوبنا وهو الإيمان بالله وما يستلزمه من الالتزام بما شرعه لنا من مبادئ وأحكام ... وتحصين مجتمعاتنا من الفساد الأخلاقى والتسيب فى العلاقات الجنسية والشذوذ الذى يسمونه حقا ديمقراطيا فى بلادهم .

إن عقوبات الزنا والقذف تحظى من شريعتنا وفقهنا بعناية خاصة لأنها لا تحمى فردا أو جماعة وإنما تصون القيم الأساسية التى يقوم عليها نظام الأسرة التى جعلها الله خلية المجتمع الأساسية وضمان بقائه واستقراره وتقدمه، وأحاطها بمجموعة من المبادئ الأخلاقية التى تحرم العلاقات الجنسية خارج نطاق الزواج الشرعى وتحمى شرف الأسرة وكرامتها من التشهير والتشويه عن طريق التصرفات غير الأخلاقية التى تؤدى إلى إشاعة الفاحشة وترويج الاتهامات دون دليل شرعى حدده الشارع بأربعة شهود حتى يسد الباب على ادعاءات التلفيق ويمنع الاجتراء على أعراض الأسر وكرامتها .

لهذا السبب أتبع دراسته لحد القذف ما تقدم بشأن الزنا والفاحشة .

المبحث الثاني
في عقوبة القذف

<عوده> ٤٥٥ ـ *الجلد وعدم الأهلية للشهادة* : للقذف فى الشريعة عقوبتان : إحداهما : أصلية وهي الجلد، والثانية : تبعية وهي عدم قبول شهادة القاذف .

وعقوبة الجلد ولو أنها بطبيعتها ذات حدين، إلا أن عقوبة الجلد للقاذف ذات حد واحد؛ لأن عدد الجلدات محدد وليس للقاضي أن ينقص منها أو يزيد فيها أو يستبدل بها غيرها.

والأصل في عقوبتى القذف قول الله جل شأنه : ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون﴾ [النور: ٤].

ولا تعاقب الشريعة على القذف إلا إذا كان كذبا واختلاقا، وإن كان تقريرا للواقع فلا جريمة ولا عقوبة .

والبواعث التي تدعو القاذف للافتراء والاختلاق كثيرة، منها : الحسد والمنافسة والانتقام، ولكنها جميعا تنتهي إلى غرض واحد يرمي إليه كل قاذف هو إيلام المقذوف وتحقيره .

وقد وضعت عقوبة القذف في الشريعة على أساس محاربة هذا الغرض. فالقاذف يرمي إلى إيلام المقذوف إيلاما نفسيا فكان جزاؤه الجلد ليؤلمه إيلاما بدنيا؛ لأن الإيلام البدني هو الذي يقابل الإيلام النفسي؛ ولأنه أشد منه وقعا على النفس والحس معا، إذ إن الإيلام النفسي هو بعض ما ينطوي عليه الإيلام البدني . والقاذف يرمي من وراء قذفه إلى تحقير المقذوف وهذا من التحقير الفردي، لأن مصدره فرد واحد وهو القاذف، فكان جزاؤه أن يحقر من الجماعة كلها وأن يكون معنى الاحتقار العام بعض العقوبة التي تصيبه فتقسط عدالته ولا تقبل له شهادة أبدا ويوصم وصمة أبدية بأنه من الفاسقين .

وهكذا حاربت الشريعة الإسلامية الدوافع النفسية الداعية إلى الجريمة بالعوامل النفسية المضادة التى تستطيع وحدها التغلب على الدوافع الداعية للجريمة وصرف الإنسان عن الجريمة، فإذا فكر شخص فى أن يقذف آخر ليؤلم نفسه ويحقر شخصه ذكر العقوبة التى تؤلم النفس والبدن وذكر التحقير الذى تفرضه عليه الجماعة فصرفه

﴿عوده﴾ ذلك عن الجريمة وإن تغلبت العوامل الداعية إلى الجريمة مرة على العوامل الصارفة عنها ارتكب الجريمة كان فيما يصيب بدنه ونفسه من ألم العقوبة وفيما يلحق شخصه من تحقير الجماعة ما يصرفه نهائيا عن العودة لارتكاب الجريمة، بل ما يصرفه نهائيا عن التفكير فيها .

٤٥٦ *عقوبة القذف في القوانين* : وتعاقب القوانين على القذف بالحبس أو بالغرامة أو بهما معا. وهي عقوبات غير رادعة، ولذلك ازدادت جرائم القذف والسب زيادة عظيمة؛ وأصبح الناس وعلى الأخص رجال الأحزاب يتبادلون القذف والسب كما لو كانوا يتقارضون المدح والثناء، وكل يحاول تحقير الآخر وتشويهه بالحق والباطل، وكل يريد أن يهدم أخاه ليخلو له الجو ينطلق فيه، وسيظلون كذلك حتى يمزقوا أعراضهم ويقطعوا أرحامهم ويهدموا أنفسهم بأيديهم ولكنهم سيتركون أسوأ مثل يحتذى لمن بعدهم .

ولو أن أحكام الشريعة الإسلامية طبقت على هؤلاء بدلا من القانون لما جرؤ أحدهم على أن يكذب على أخيه كذبة واحدة، لأنها تؤدى به إلى الجلد وتنتهي بإبعاده عن الحياة العامة، فلا قيادة ولا رئاسة ولا أمر ولا نهي. وذلك أن من كذب سقطت شهادته، ومن سقطت شهادته سقطت عدالته، ومن سقطت عدالته سقطت عنه قيادته ورئاسته، ولأن الأمر والنهى من حق المتقين ولا يكون أبدا للفاسقين.

وما تشكو منه مصر وتتألم له تشكو منه كل البلاد الديمقراطية. ويرى بعض المفكرين في هذا عارضا محتملا تقتضيه حياة الشورى، لأنها تقوم على اختلاف وجهات النظر وتعدد الأحزاب واختلاف البرامج. ويراه البعض شرا مستطيرا ومرضا خطيرا من أمراض الديمقراطية لا ينقضي إلا بالقضاء عليها. وأصحاب الرأيين على خطإ فيما ذهبوا إليه؛ لأن الشورى لا تقتضى بطبيعتها خلق الجرائم ولا التشجيع على ارتكابها، ولو هدوا إلى الطيب من القول لقالوا إن هذا العارض المحتمل وهذا الشر المستطير كلاهما ناشئ عن انعدام العقوبة الرادعة التي تصد الناس عن اقتراف الجريمة .

إن العالم كله يقوم على فكرة الثواب والعقاب، ولقد كان يسير على هذه الفكرة في روحانيته القديمة الباقية، وهو يسير عليها الآن في ماديته الحديثة العاتية. فقد كان عمر بن الخطاب يحكم بالعدل لا يبغي عرض الدنيا وإنما يبغي ثواب الآخرة. وكان

﴿عوده﴾ يبتعد عن الظلم لأنه يخشى اليوم الآخر. أما حكام اليوم فإنما يحكمون بالعدل إذا حكموا لينالوا ثناء الجماهير ويبتعدون عن الظلم؛ لأنهم يخشون فقدان مناصبهم. وكان العالم الورع قديما يكتب ما يكتب لوجه الله وطمعا فيما عنده، ويدع ما يدع خشية من الله وخوفا من غضبه. أما العالم المطلع اليوم، فيكتب ما يكتب لتروج كتاباته لدى الجماهير؛ ويدع ما يدع خوفا من إعراض الجماهير، وما يتبع الإعراض من الكساد والبوار. وكان العامل المتدين وما زال يعمل ليؤدى ما عليه من حق لرب العمل إرضاء لله. ولا يقصر في عمله خشية غضب الله. أما العامل اليوم، فإنما يجدّ في عمله انتظارا للمكافأة العاجلة من رب العمل، أو طلبا لزيادة الأجر، ويبتعد عن التقصير؛ لأنه يجر عليه الطرد والحرمان من العمل .

هذه هي طبيعة الناس لن تتغير ولن تتبدل ولو تغيرت مظاهرهم وتبدلت وسائلهم، وهي طبيعتهم إذا تقدموا وطبيعتهم إذا تأخروا يرجون الثواب ويحرصون على الوصول إليه، ويخشون العقاب ولا يرضونه لأنفسهم، فمن الحكمة أن تستغل طبيعة البشر في سياستهم وتوجيههم، وقد استغلت الشريعة الإسلامية طبيعة البشر فأقامت أحكامها على أساس ما في خلائقهم الأصيلة من رجاء وخوف، ومن قوة وضعف، فجاءت أحكامها صالحة لكل مكان وزمان لأن طبائع البشر واحدة في كل مكان؛ ولأنها لا تتغير بتغيير الأزمان. ذلك هو السر في صلاحية الشريعة للقديم والحديث وهو السر في صلاحيتها للمستقبل القريب والبعيد .

۞ 455، 456 – قذف المحصنات :

المقصود بالقذف الذى يستحق عقوبة حدية فى فقهنا هو توجيه الاتهام بارتكاب الزنا إلى المحصنات دون تقديم الدليل الشرعى أمام القضاء الذى حدده القرآن بأربعة شهود رؤية .

وواضح من تحديد هذا العدد من الشهود أنه ليس المقصود من طلبه فى نظرنا مجرد إقامة الدليل على وجود علاقة جنسية خارج نطاق الزواج، وإنما قصد إثبات أن هذه الفاحشة قد ارتكبت جهرا بصورة علنية فاضحة عارية تماما بحيث جعلت أربعة شهود يرونها رؤية واضحة صريحة بالصورة التى حرص الفقه على قصرها على رؤية عين للاتصال الجنسى جهرا دون غطاء أو ساتر يحجبها عن أعين الناس ....

فى نظرنا إذن أن الشهود الأربعة المطلوبين للعقاب فى جريمة الزنا أو عدم العقاب على القذف قصد بهم إثبات الجهر والعلانية الفاضحة التى تجرح شعور العامة وتشيع الفاحشة فى المجتمع .... وليس المقصود به مجرد ثبوت الخيانة الزوجية أو العلاقة الجنسية المحرمة وإن كان هذا يأتى ضمنا .

إن لنا تحفظا على قوله إن الشريعة لا تعاقب على القذف إلا إذا كان كذبا واختلاقا، فإن كان تقريرا للواقع فلا جريمة ولا عقاب؛ والأصح هو القول بأنه لا حد فى هذه الحالة، ولكن يعزر فى نظرنا لأنه لم يسلك الطريق القضائى قبل طريق التشهير الذى يشيع الفاحشة .

إن الشريعة قد ألزمت من يريد اتهام المحصنات بالفاحشة أن يلجأ أولا للقضاء ويقدم الدليل القانونى الذى قرره النص وهو أربعة شهود رؤية تثبت فعل المباشرة الجنسية المحرمة العلنية جهرا، وإذا تم ذلك وحصل المدعى على إدانة من اتهمهما بجريمة الزنا واستحقت العقوبة بحكم قضائى صحيح، هنا فقط لا يقام عليه حد القذف، وإذا فشل فى ذلك أقيم عليه الحد .

* * *

فى رأينا أن باب التشهير العلنى مغلق تماما؛ فلا يجوز لأحد أن يتهم محصنا أو محصنة ويعلن هذا الاتهام بأى صورة من الصور، دون اللجوء إلى القضاء واستصدار حكم يثبت ارتكابه جريمة الزنا الذى رماه بها القاذف. لأن الصورة الوحيدة لاتهام المحصنة بالزنا التى تقبلها الشريعة هى إقامة الدعوى أمام القضاء، وتقديم الدليل الشرعى، والحصول بذلك على الحكم بالإدانة. أما قبل صدور هذا الحكم، فإن التشهير بالمحصنات هو قذف يعاقب عليه بالجلد كحد شرعى طبقا للنص القرآنى .

۞ التعزير على الفاحشة فى حالة عدم توافر شروط الحد الشرعي للزنا، إذا ثبت فعل يخل بالحياء أو يمس العرض :

أما إذا لم تطبق عقوبة الحد على من اتهم بالزنا لعدم توافر أربعة شهود لأى سبب من الأسباب، فلا نوافق على القول بأنه لا جريمة ولا عقوبة، لأن الأصح أن فعله لا يوصف بأنه زنا ولكن قد توجد جريمة هتك عرض أو إخلال بالحياء لكن عقوبتها تعزير لا حد. ولا نرى مانعا من أن يتضمن التقنين تسمية خاصة لهذه الجريمة وتمييزها عن الزنا المعاقب عليه حدا وبيان الأدلة التى تلزم لإثباتها.

وإذا كان المشرع قد استثنى الزوج وفتح له باب اتهام الزوجة بالخيانة الزوجية بطريق الملاعنة – وهى طريق قضائى – فإنها لا تجيز له فى غير حالة الملاعنة أو لغيره ترويج الإتهام بالزنا بغير الطريق القضائى الذى عرفنا مدى صعوبة اللجوء إليه لاشتراط أربعة شهود رؤية علنية فاضحة .

بذلك نصل إلى القول بتمييز جريمة الزنا، الذى وصفه القرآن بأنه كان فاحشة وساء سبيلا، وهو ينحصر فى الفاحشة المرتكبة جهرا فى علانية فاضحة يشهدها ويشهد بها أربعة شهود رؤية بالصورة التى وصفها الفقه بأنه كالمرود فى المكحلة .

أما ما عدا ذلك من وجود خيانة زوجية أو علاقة مشبوهة أو فساد يخل بالحياء أو يمس العرض، فيمكن وصفه بأنه فاحشة أو خيانة زوجية، لكن لا تصل إلى حد الزنا. أو نقول إنه فسق لا تتوافر فيه أركان جريمة زنا المحصن أو غير المحصن، وهذا الفعل قد يستحق التعزير إذا ثبت بأدلة لا تصل إلى ما يثبت به الحد لإثبات الزنا والتى قصد باشتراطها ألا يسمح لأحد بترويج اتهام المحصنات بأى صورة من الصور بغير طريق رفع الدعوى أمام القضاء، وكل ما يسمح به المشرع للزوج هو طريق الملاعنة أمام القضاء، أو استعمال حقه فى الطلاق، ولا يسمح له أو لغيره بغير ذلك. أما غير الزوج فليس أمامه فى نظرنا إلا طريق واحد هو رفع دعوى الزنا أمام القضاء وتقديم الأدلة التى يشترطها النص. وإذا فشل فى ذلك فإنه حتما يعاقب بحد القذف الذى قرره القرآن ..

بهذا يتبين مدى الحماية والصيانة التى توفرها شريعتنا لكرامة الأسر وسمعتها وشرفها والتى لا مثيل لها فى شريعة من الشرائع .

۞ التعزير جائز على السب أو القذف الذى لا تتوافر فيه شروط تطبيق العقوبة الحدية متى رأى أهل الاجتهاد ذلك :

إننا لا نقر القول بأنه إذا كان القذف تقريرا للواقع فلا جريمة ولا عقوبة، ونعتقد أن هذا فيه تجاهل لمبدإ التعزير الذى أعطى للمجتمع حق العقاب على كل ما يضر بنظامه وقيمه واستقراره. ولا شك فى أنه يجوز تعزير كل من يسب محصنا أو غير محصن أو يقذف فى حقه أو يشهر به فى علانية دون رفع الدعوى أمام القضاء ليفصل فيها ما دام لا ينسب له ارتكاب جريمة الزنا صراحة أو ضمنا .

إن الأسلوب الذى اتبعه فى الفصل بين عقوبات الحدود والتعازير، التى نَعُدُّها هى الأصل، هو الذى أدى إلى هذا القول الذى لا نقره لأن التعازير هى الأصل حتى فى جرائم الحدود التى لا تتوافر لها شروط تطبيق الحد .

إن شرط الكذب الذى يشير إليه مطلوب فقط لتوقيع عقوبة حدية على القذف، أما إذا لم يتوافر هذا الشرط، فإن الفعل الذى يشهر بالناس ويحط من كرامتهم وسمعتهم يستحق التعزير فى نظرنا؛ ولا يصح القول بأنه لا جريمة ولا عقوبة، يكفى أن نقول إنه لا عقوبة حدية وإنما تدخل فى نطاق التعازير ... إذا رأى ذلك أهل الاجتهاد .

المبحث الثالث
في عقوبة الشرب

<عوده> ٤٥٧ ـ *عقوبة الجلد* : تعاقب الشريعة على شرب الخمر بالجلد ثمانين جلدة، وهي عقوبة ذات حد واحد؛ لأن القاضي لا يستطيع أن ينقص منها أو يزيد عليها أو يستبدل بها غيرها .

ويرى الشافعي أن حد الخمر أربعين جلدة فقط على خلاف بقية الأئمة، وحجته أنه لم يثبت عن الرسول أنه ضرب في الخمر أكثر من أربعين. أما الأربعون الأخرى فليست من الحد عند الشافعي، وإنما هى تعزير .

ومصدر العقوبة التشريعي هو قول الرسول ﷺ : "من شرب الخمر فاجلدوه فإن عاد فاجلدوه". أما تحريم الخمر فمصدره القرآن. والرأي الراجح أن العقوبة لم يحدد مقدارها بثمانين جلدة إلا فى عهد عمر بن الخطاب، حيث استشار أصحاب الرسول في حد شارب الخمر، فأفتي على بن أبى طالب بأن يحد ثمانين جلدة؛ لأنه إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى افترى، وحد المفترى – أي القاذف – ثمانون جلدة؛ ووافق أصحاب الرسول علي هذا الرأى. إذن فتحريم الخمر مصدره القرآن؛ والعقاب مصدره السنة، ومقدار الحد مصدره الإجماع في عهد الصحابة .

والدافع الذي يدفع شارب الخمر لشربها هو رغبته في أن ينسى آلامه النفسية، ويهرب من عذاب الحقائق إلى سعادة الأوهام التي تولدها نشوة الخمر .

وقد حاربت الشريعة هذا الدافع في نفس شارب الخمر بعقوبة الجلد، فهو يريد أن يهرب من آلام النفس ولكن عقوبة الجلد ترده إلى ما هرب منه وتضاعف له الألم إذ تجمع له بين ألم النفس وألم البدن. وهو يريد أن يهرب من عذاب الحقائق إلى سعادة الأوهام وعقوبة الجلد ترده إلى العذاب الذي هرب منه وتجمع له بين عذاب الحقائق وعذاب العقوبة .

فالشريعة بوضعها عقوبة الجلد لشارب الخمر قد وضعتها على أساس متين من علم النفس وحاربت الدوافع النفسية التي تدعو إلى الجريمة بالدوافع النفسية المضادة التي تصرف بطبيعتها عن الجريمة والتي لا يمكن أن يقوم غيرها من الدوافع النفسية مقامها فإذا ما فكر الشخص في شرب الخمر لينسى آلام نفسه ذكر مع الخمر العقوبة

﴿عوده﴾ التي ترده إلى آلام النفس والبدن، وإذا ما فكر في شرب الخمر ليهرب من عذاب الحقائق ذكر مع الخمر أنه سوف يرد إلى عذاب الحقائق وعذاب العقوبة وفي هذا ما يصرف الشخص غالبا عن ارتكاب الجريمة. فإذا لم يصرف عنها وارتكبها مرة كان فيما يصيبه من العقوبة هذه المرة ما يغلب العوامل النفسية الصارفة عن الجريمة على العوامل النفسية الداعية إليها إذا ما فكر في الجريمة مرة أخرى .

٤٥٨ *الخمر طبيا واجتماعيا* : ومن المسلم به من الناحيتين الطبية والاجتماعية في عصرنا الحاضر أن الخمر لا فائدة فيها؛ وأن أضرارها لا تحصى؛ فهي تفسد العقل، وتفسد الصحة، وتؤدي إلى العقم أحيانا، وإلى ضعف النسل غالبا، كما تؤدي إلى ضياع المال وضياع الكرامة، فكان المعقول بعد هذا أن تأتي دولة كمصر فتحرم الخمر مستندة إلى دستورها الذي يجعل دين الدولة الرسمي الإسلام، وإلى الإسلام الذي يحرم الخمر ويعاقب على شربها، وإلى النتائج السيئة التي تنتج عن شرب الخمر. ولكن مصر لم تفعل شيئا من هذا وأباح قانونها الوضعي الخمر إباحة مطلقة فلم يعاقب على شربها أو إحرازها أو بيعها. وإذا كان قد عاقب شارب الخمر إذا سكر ووُجد في محل عام، فالعقاب في هذه الحالة ليس على شرب الخمر والسكر وإنما على الوجود في محل عام بحالة سكر بين، ولم يتشدد القانون في عقاب هذه الحالة الوحيدة فجعل الجريمة مخالفة عقوبتها الغرامة التي لا تزيد على مائة قرش أو الحبس البسيط الذي لا يتجاوز أسبوعا[1]. والعيب في هذا ليس على واضع القانون، فهو رجل أوربي غير مسلم ينقل عن القانون الفرنسي، ولكن العيب عيب الذين أقروا هذا القانون ورضوا به وطبقوه، وهو باطل بطلانا مطلقا في كل ما يخالف الشريعة الإسلامية. والعيب عيب من أرادوا أن يجعلوا من مصر البلد الشرقي الإسلامي مقاطعة فرنسية، ناسين أو متناسين الفروق العديدة بين الشرق والغرب متجاهلين الدين والتقاليد والبيئة وعامل الوراثة .

٤٥٩ *العالم وتحريم الخمر*: ولقد حرم الإسلام الخمر وعاقب على شربها منذ ثلاثة عشر قرنا، وانفرد بتحريمها والعقاب عليها طيلة هذه المدة، حتى جاء العالم في القرن العشرين يشهد للإسلام بأنه كان على الحق في موقفه من الخمر وبأن غيره كان يعمه في

(١) المادة ٣٨٥ من قانون العقوبات المصرى .

﴿عوده﴾ الضلال، وقد حمل العالم على هذه الشهادة أن العلم أثبت أن الخمر حقيقة أم الخبائث كما قال عنها الإسلام، وأنها مفسدة للعقل والصحة والمال. وها هو ذا العالم غير الإسلامي لا يكاد يخلو فيه بلد اليوم من جماعة تدعو إلى ترك الخمر، ولهذه الجماعات مجلات ورسائل ومؤتمرات. ولقد كان أثر دعاية هذه الجماعات قويا في الولايات المتحدة بأمريكا وفي الهند، وكان الرأي العام أسرع استجابة في هاتين الدولتين فسنت فيهما القوانين لتحريم الخمر تحريما تاما. وفي كثير من البلاد الأخرى سنت قوانين تحرم الخمر تحريما جزئيا، فمنع تناولها أو تقديمها في أوقات معينة. ولكن الكثير من القوانين التي حرمت الخمر لم تنجح في محاربة الخمر لأن العقوبات التي فرضتها لم تكن رادعة.

وإذا كان الناس جميعا قد آمنوا بأحقية الإسلام في تحريم الخمر، فقد بقي عليهم أن يؤمنوا بالعقوبة التي فرضها الإسلام على شارب الخمر. ويوم يؤمنوا بهذا تنجح القوانين التي تسن تحريم الخمر وتؤدي مهمتها خير أداء .

ما زلت أذكر كتابا للفيلسوف الروسى "ليو تولستوى" قرأت ترجمته بالعربية تحت عنوان "إبليس والخمر". وكان اطلاعى عليه وأنا تلميذ بالمدرسة الثانوية، فتأثرت به كثيرا. ومحور الكتاب أن الخمر أكبر الأخطار على المجتمعات الإنسانية باعتراف جميع الأديان والفلاسفة والمفكرين[1]. ومع ذلك، ما زالت الخمر مباحة فى جميع القوانين الأجنبية، واقتدى بذلك المشرع الوضعى فى بلادنا.

بل إن الأطباء تعبوا من التحذير من مساوئ الخمر، وكذلك أحكام المحاكم تنبه من حين لآخر بضرورة مقاومتها، ومع ذلك فإن المشرعين فى بلادنا منتظرون الإذن من الدول الأجنبية لكى يستجيبوا للمطلب الشعبى بتحريم شرب الخمر وتداولها. ولقد استجابت بعض الدول لذلك برغم معارضة بعض المنتفعين من تجارة الخمور وفسادها. وقد كان لأمريكا تجربة مثيرة، إذا أصدر "الكونجرس" قانونا بتحريم الخمر ونفذ ذلك مدة سنوات، لكن الدوائر المالية التى يستفيد كثير من شركاتها بتجارة الخمور كانت أقوى من الحكماء والفلاسفة والعلماء الذين دعوا لتحريم الخمر، واستطاعوا أن يلزموا الكونجرس بإلغاء قانون تحريم الخمر .

وهو يشير أيضا إلى تجربة الهند وبعض القوانين الأجنبية، لكننا لا ندعو للاقتداء بهؤلاء أو أولئك، وإنما ندعو للالتزام بشريعتنا واحترام أحكامها التى تستند إلى نصوص صريحة فى الكتاب والسنة (أوردها فى البند **580** فيما بعد) .

لقد عملت بالقضاء فى النيابة العامة بأقاليم مصر عقب تخرجى فى الجامعة، وشاهدت بكل أسف ما يجرى فى "نوادى الموظفين" بالأرياف والأقاليم من وباء القمار والشرب، وكانت لى مساجلات مع بعض زملائى فى تلك النوادى ممن استحلوا شرب الخمر وأصبحت فى نظرهم شيئا عاديا مألوفا، وأصبح الشاب أو الموظف الناشئ مثلى لا يستطيع أن يتردد على تلك النوادى أو يتمتع بمزاياها إذا لم يكن ممن يقبلون شرب "الويسكى" أو غيره من أنواع الخمور، بل وأن يلعب الكارت كالكونكان أو البريدج .. أو غيرها من ألعاب القمار ....

---

[1] أتمنى لو وزعت نسخ من هذا الكتاب على من ينتقدون دعاة تطبيق الشريعة أو يعارضون فى تلك الدعوة، ويحاربون الشريعة الإسلامية .

۞ تحريم الخمر لا يكفي فيه العقاب على الشرب بل لا بد من إصلاح اجتماعي وتربوى شامل :

إن المطالبة بتطبيق الشريعة لا يقصد منها مجرد صدور قانون بفرض حد الشرب أو يعاقب من يرتكبون تلك الجريمة، بل لا بد من إصلاح المجتمع وتطهيره من رواسب قرون طويلة من الفوضى والفساد الذى يُعَدّ الخمر والقمار أكبر مظاهره .

لابد من استقرار مبدإ تحريم الخمر، ولا أستسيغ أن يجلس قاض أو ضابط شرطة ليعاقب شخصا على تناول المخدرات أو الاتجار بها؛ أو نوابنا فى البرلمان ليفرضو قانونا يعاقب على ذلك، فى حين يستبيحون لأنفسهم أن يسهروا طول الليالى فى معاقرة الخمور سواء فى النادى أو المترل أو أى مكان آخر، حتى أصبحت شيئا حتميا فى حفلات السلك الدبلوماسى التى يتردد عليها المسئولون كبار القوم، وهى تشهد إسرافا لا مثيل له فى تناول المسكرات مجانا على نفقة دافعى الضرائب بحجة أن هذا تقليد دبلوماسى يجب مراعاته .. صحيح أن الخمر مباحة لغير المسلمين، لكن لا نرى ذلك مبررا لكى تقدم علنا فى حفلاقم للمسلمين وغير المسلمين فى بلادنا بمعرفة السفارات الأجنبية أو فى البلاد الأجنبية فى سفارات دول إسلامية تكلف ميزانية تلك الدول مبالغ كثيرة مما تحصله من ضرائب من أفراد الشعب الكادح العامل الذى نرى كثيرين منهم لا يجدون قوهم، لكن يطالبون بدفع ضرائب من كل جنس تصرف فى مثل هذه الصور من الترف الخمرى الذى لا مبرر له فى شريعتنا، ولا فى نظرنا. لذلك، فإننا نؤيد دعوته لتحريم الخمر والسكر على الجميع فى بلادنا (فى نهاية البند 581)، وأن تكون العقوبة "تعزيرا". بل إننا نؤيد القول بأن عقوبة الشرب تكون تعزيرا وليست حدا لأنه لم يرد نص على هذا الحد فى الكتاب أو السنة وإنما يستند القائلون به على القول بإجماع الصحابة، وهو غير مؤكد.

إننى رأيت كثيرين من الشبان الناشئين الذين يعينون فى وظائف القضاء أو الإدارة أو الصحة أو التعليم أو غيرها من الإدارات أو الشركات يترلقون إلى هذه المفاسد لمجرد المجاملة وإرضاء زملائهم الذين لا يطيقون أن يجلس معهم زميل لا يشاركهم فيها .

❁ مبدأ تحريم الخمر وعَدُّ شربها جريمة يجازى عنها المسلم لا يعنى أنه لا بد من وصفها بأنها جريمة حدية، ولا أن الحد هو الجلد :

أسوأ من ذلك هو أن طائفة من المثقفين وبخاصة الذين درسوا فى أوربا وعاد كثير منهم يحمل "البايب" أو يشرب الويسكى، أصبح كثير منهم يَعُدُّون الشرب والسكر شرطا لعضوية طائفة المثقفين فى نظرهم ... لى أمل أنه إذا صلحت الأمور واستقام المسئولون فإن أول ما يجب هو تطهير المجتمع من هذه المحرمات والمفاسد، وتربية النشء على استنكارها .

إننى أؤيد كل كلمة قالها شهيدنا فى الدفاع عن المبدإ الشرعى بتحريم الشرب، ولاشك فى أنه كان قاضيا فى الأقاليم وشهد ما شهدته من هذه الأوبئة والمفاسد التى فشت فى أوساط الموظفين والمثقفين ... وأنه تأثر بذلك وظهر أثره فيما كتبه فى هذا الشأن .

المبدأ الثانى الذى يهمنا هو عَدُّ شرب الخمر جريمة بإجماع المسلمين فى جميع العصور، أما الخلافات فيما عدا ذلك؛ هل هى جريمة حدية، أو تعزيرية؟ وهل الجلد عقوبة حتمية فى الحد أو التعزير؟ وعدد الجلدات الواجبة أو الجائزة، والحد الأقصى والحد الأدنى . فهذه كلها تفصيلات تعددت فيها الآراء على النحو الذى أفاض فيه .

المبحث الرابع
في عقوبة السرقة

<عوده> ٤٦٠ ـ *عقوبة القطع* : تعاقب الشريعة على السرقة بالقطع لقوله تعالى : ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله﴾ [المائدة : ٣٨].

ومن المتفق عليه بين الفقهاء أن لفظ أيديهما يدخل تحته اليد والرجل، فإذا سرق السارق أول مرة قطعت يده اليمنى، فإذا عاد للسرقة ثانية قطعت رجله اليسرى، وتقطع اليد من مفصل الكف، وتقطع الرجل من مفصل الكعب، وكان علي ﷺ يقطعها من نصف القدم من معقد الشراك، ليدع للسُّرَّاق عقبا يمشي عليه(١) .

وعلة فرض عقوبة القطع للسرقة أن السُّرَّاق حينما يفكر في السرقة إنما يفكر في أن يزيد كسبه بكسب غيره، فهو يستصغر ما يكسبه عن طريق الحلال، ويريد أن ينميه من طريق الحرام، وهو لا يكتفي بثمرة عمله فيطمع في ثمرة عمل غيره، وهو يفعل ذلك ليزيد من قدرته على الإنفاق أوالظهور، أو ليرتاح من عناء الكد والعمل، أو ليأمن على مستقبله. فالدافع الذي يدفع إلى السرقة، يرجع إلى هذه الاعتبارات، وهو زيادة الكسب أو زيادة الثراء. وقد حاربت الشريعة هذا الدافع في نفس الإنسان بتقرير عقوبة القطع، لأن قطع اليد أو الرجل يؤدي إلى نقص الكسب، إذ اليد والرجل كلاهما أداة العمل أيا كان، ونقص الكسب يؤدي إلى نقص الثراء، وهذا يؤدي إلى نقص القدرة على الإنفاق وعلى الظهور، ويدعو إلى شدة الكدح وكثرة العمل والتخوف الشديد على المستقبل.

فالشريعة الإسلامية بتقريرها عقوبة القطع دفعت العوامل النفسية التى تدعو لارتكاب الجريمة بعوامل نفسية مضادة تصرف عن جريمة السرقة، فإذا تغلبت العوامل النفسية الداعية، وارتكب الإنسان الجريمة مرة؛ كان فى العقوبة والمرارة التى تصيبه منها ما يغلب العوامل النفسية الصارفة فلا يعود للجريمة مرة ثانية .

ذلك هو الأساس الذى قامت عليه عقوبة السرقة فى الشريعة الإسلامية، وإنه لعمرى خير أساس قامت عليه عقوبة السرقة من يوم نشأة عالمنا حتى الآن، وإنه السر فى نجاح عقوبة السرقة فى الشريعة الإسلامية قديما، وهو السر الذى جعلها تنجح

---

(١) المغنى جـ ١٠ ص ٢٦٤ وما بعدها .

﴿عوده﴾ نجاحا باهرا فى الحجاز فى عصرنا هذا فتحوله من بلد كله فساد واضطراب ونهب وسرقات، إلى بلد كله نظام وسلام وأمن وأمان. لقد كان الحجاز قبل أن تطبق فيه الشريعة الإسلامية أخيرا أسوأ بلاد العالم أمنا، فكان المسافر إليه أو المقيم فيه لا يأمن على نفسه وماله وعياله ساعة من ليل بل ساعة من نهار، بالرغم مما له من قوة وما معه من عدة. وكان معظم السكان لصوصا وقطاعا للطرق، فلما طبقت الشريعة أصبح الحجاز خير بلاد العالم كله أمنا، يأمن فيه المسافر والمقيم، وتترك فيه الأموال على الطرقات دون حراسة فلا تجد من يسرقها أو يزيلها من مكانها على الطريق حتى يأتى الشرطة فيحملونها إلى حيث يقيم صاحبها .

٤٦١ ـ *عقوبة السرقة فى القانون* : وتجعل القوانين الحبس عقوبة للسرقة، وهى عقوبة قد أخفقت فى محاربة الجريمة على العموم والسرقة على الخصوص. والعلة فى هذا الإخفاق أن عقوبة الحبس لا تخلق فى نفس السارق العوامل النفسية التى تصرفه عن جريمة السرقة؛ لأن عقوبة الحبس لاتحول بين السارق وبين العمل والكسب إلا مدة الحبس، وما حاجته إلى الكسب فى المحبس وهو موفر الطلبات مكفى الحاجات؟ فإذا خرج من محبسه استطاع أن يعمل وأن يكسب وكان لديه أوسع الفرص لأن يزيد من كسبه وينمى ثروته من طريق الحلال والحرام على السواء، واستطاع أن يخدع الناس وأن يظهر أمامهم بمظهر الشريف فيأمنوا جانبه ويتعاونوا معه، فإن وصل فى الخاتمة إلى ما يبغى فذلك هو الذى أراد، وإن لم يصل إلى بغيته فإنه لم يخسر شيئا ولم تفته منفعة ذات بال .

أما عقوبة القطع فتحول بين السارق وبين أن يعمل، أو تنقص من قدرته على العمل والكسب نقصا كبيرا، ففرصة زيادة الكسب مقطوع بضياعها على كل حال، ونقص الكسب إلى حد ضئيل أو انقطاعه هو المرجح فى أغلب الأحوال، ولن يستطيع أن يخدع الناس أو يحملهم على الثقة به والتعاون مع رجل يحمل أثر الجريمة فى جسمه وتعلن يده المقطوعة عن سوابقه. فالخاتمة التى لا يخطئها الحساب أن جانب الخسارة مقطوع به إذا كانت العقوبة القطع، وجانب الربح مرجح إذا كانت العقوبة الحبس، وفى طبيعة الناس كلهم؛ لا السارق وحده؛ أن لا يتأخروا عن عمل يرجح فيه جانب المنفعة وألا يقدموا على عمل تتحقق فيه الخسارة .

<عوده> ٤٦٢ ـ *اعتراضات مردودة*: واعجب بعد ذلك ممن يقولون إن عقوبة القطع لا تتفق مع ما وصلت إليه الإنسانية والمدنية فى عصرنا الحاضر، كأن الإنسانية والمدنية أن نقابل السارق بالمكافأة على جريمته، وأن نشجعه على السير فى غوايته، وأن نعيش فى خوف واضطراب، وأن نكد ونشقى ليستولى على ثمار عملنا العاطلون واللصوص.

ثم اعجب بعد ذلك مرة ثانية ممن يقولون إن عقوبة القطع لا تتفق مع ما وصلت إليه الإنسانية والمدنية، كأن الإنسانية والمدنية أن ننكر العلم الحديث والمنطق الدقيق، وأن ننسى طبائع البشر، ونتجاهل تجارب الأمم، وأن نلغى عقولنا ونهمل النتائج التى وصل إليها تفكيرنا لنأخذ بما يقوله قائله فلا يجد عليه دليلا إلا التهويل والتضليل .

وإذا كانت العقوبة الصالحة حقا هى التى تتفق مع المدنية والإنسانية، فإن عقوبة الحبس قد حق عليها الإلغاء وعقوبة القطع قد كتب لها البقاء؛ لأن الأخيرة تقوم على أساس متين من علم النفس وطبائع البشر وتجارب الأمم ومنطق العقول والأشياء، وهى نفس الأسس التى تقوم عليها المدنية والإنسانية، أما عقوبة الحبس فلا تقوم على أساس من العلم ولا التجربة ولا تتفق مع منطق العقول ولا طبائع الأشياء .

إن أساس عقوبة القطع هو دراسة نفسية الإنسان وعقليته، فهى إذن عقوبة ملائمة للأفراد، وهى فى الوقت ذاته صالحة للجماعة؛ لأنها تؤدى إلى تقليل الجرائم وتأمين المجتمع، وما دامت العقوبة ملائمة للفرد وصالحة للجماعة فهى أفضل العقوبات وأعدلها .

ولكن ذلك كله لا يكفى عند بعض الناس لتسويغ عقوبة القطع؛ لأنهم يرونها كما يقولون عقوبة موسومة بالقسوة، وتلك هى حجتهم الأولى والأخيرة وهى حجة داحضة، فإن اسم العقوبة مشتق من العقاب ولا يكون العقاب عقابا إذا كان موسوما بالرخاوة والضعف، بل يكون لعبا أو عبثا أو شيئا قريبا من هذا، فالقسوة لا بد أن تتمثل فى العقوبة حتى يصح تسميتها بهذا الاسم .

وبعد ذلك، فإن القانون أيها السادة الرحماء يوجب الحكم بالأشغال الشاقة المؤبدة فى بعض جرائم السرقة، ويوجب الحكم بالأشغال الشاقة المؤقتة فى بعض آخر، فكيف ترضى قلوبكم الرحيمة أن يوضع المحكوم عليه فى السجن كما يوضع الحيوان فى قفصه أو الميت فى قبره طول هذه المدة محروما من حريته بعيدا عن أهله وذويه ؟! وأيهما أقسى: قطع يد المحكوم عليه وتركه بعد ذلك يتمتع بحريته ويعيش بين أهله وولده، أم حبسه على هذا الوجه الذى يسلبه حريته وكرامته وإنسانيته ورجولته؟

〈عوده〉 والقانون أخيرا أيها الرحماء يبيح عقوبة الإعدام، وهى تؤدى إلى إزهاق الروح وفناء الجسد، أما عقوبة القطع فهى تؤدى إلى فناء جزء من الجسد فقط، فمن رضى بعقوبة الإعدام وأنتم بها راضون وجب أن يرضى بعقوبة القطع؛ لأنها جزء من كل، ومن لم يستفظع عقوبة الإعدام فليس له أن يستفظع عقوبة القطع بأى حال .

إن الشريعة الإسلامية حين قررت عقوبة القطع لم تكن قاسية، وهى الشريعة الوحيدة فى العالم التى لا تعرف القسوة. وما يراه البعض قسوة إنما هو القوة والحسم اللذان تمتاز بهما الشريعة يتمثلان فى العقوبة كما يتمثلان فى العقيدة وفى العبادات وفى الحقوق وفى الواجبات. ولعل لفظ الرحمة ومشتقاته أكثر الألفاظ ورودا فى القرآن. وإن الشريعة لتلزم المسلم ألا يأكل ولا يشرب ولا يتحرك ولا يسكن ولا يعمل ولا يتعبد ولا ينام ولا يستيقظ حتى يذكر اسم الله الرحمن الرحيم، فإذا ذكره ذكر الرحمة وتأثر بها فى قوله وفعله. والرسول ﷺ يقول: "الراحمون يرحمهم الرحمن". ويقول: "ارحموا من فى الأرض يرحمكم من فى السماء". فالرحمة أساس من أسس الشريعة الأولية، وشريعة هذا شأنها لا يمكن أن تعرف للقسوة سبيلا .

❀ 460 – 462 – حرمة المال وحد السرقة قطع اليد :

مشروعية هذه العقوبة فى جريمة السرقة نص الآية القرآنية المشار إليها، لكن الفقه عنى بوضع جميع الأحكام الخاصة بأركان الجريمة، والشروط اللازمة لوجوب هذه العقوبة الحدية البدنية .

طبقا لما أشرنا إليه من قبل، فإن العقوبات الحدية البدنية لا تطبق إلا بنص فى القرآن أو السنة، وفى الحالات التى تتوافر فيها الشروط التى تستوجب هذه العقوبات القصوى، والتى عبرنا عنها بأنها تعنى توافر ظرف مشدد فى الجريمة يوجب الحكم بالحد الأقصى المقرر حدا للعقوبة .

ونذكر القارئ بالمبدإ الذى ذكرناه مرارا من أن الحدود والقصاص هى عقوبة استثنائية لا يحكم بها إلا عند توافر الظرف المشدد الذى اقترنت به الجريمة، فإذا لم تتوافر شروطه فإن الفعل المحرم يستحق العقوبة الأصلية، وهى التعزير .

أهمية الصفة الاستثنائية لهذه العقوبات أن الشارع الحكيم والفقه يراعى دائما وجوب التضييق فى نطاق تطبيقها، ويضع لذلك أحكاما عديدة يراعى فيها طبيعة الفعل والحق الذى تهدده الجريمة، والحكمة من تشديد العقوبة فى تلك الحالة .

وجريمة السرقة اعتداء على حرمة المال المملوك للغير، لكن العقوبة المقررة لها لا تحمى المال فقط ولكنها تحمى أمن الناس وكرامتهم واطمئنانهم الذى يهدده العدوان على أموالهم وحقوقهم. وصور العدوان متعددة، لكن الفقه يستنبط الشروط التى تدل على خطورة الفعل لكى يقصر وجوب الحد على ما يُعَدّ أخطر الصور، وقد سماها القرآن "السرقة"، فإذا لم تتوافر تلك الشروط وكان الفعل مع ذلك عدوانا ومعصية، فلا تطبق عقوبة القطع وإنما يمكن الحكم بالتعزير ما دام الفعل معصية وضارا بالمجتمع.

فالأصل إذن هو اتساع نطاق الجزاءات "التعزيرية" وتنوعها وتضييق نطاق العقوبات الحدية، ومنها "القطع" .

وسأشير إلى أهم ما قرره فقهاؤنا من حالات استبعاد عقوبة القطع فى السرقة لتأكيد هذا المبدإ .

❁ الشروط المشددة التى تستوجب الحد
لا تغنى عن بيان أركان الجريمة التعزيرية:

1 – فيما يتعلق بالإثبات، يلزم لتوقيع حد القطع وجود عدد معين من الشهود أو الإقرار، أى توافر دليل قانونى. لكن إذا لم يتوافر هذ الدليل، فإن القاضى له الحق فى التعزير على الفعل، ذلك بأن هذه الأدلة القانونية إنما اشترطت لإثبات الظرف المشدد للعقوبة أو ما يسمونه شروط تطبيق الحد، فهى ليست لازمة لإقناع القاضى بوقوع فعل يستوجب التعزير أو يجيزه .

2 – كل ما قاله فى هذه البنود دفاع عن هذه العقوبة التى فرضها القرآن للسارق والسارقة، أما تعريف السرقة التى تستوجب هذا العقاب البدنى وأركانها وشروطها فسيكون فى موضعه فى القسم الخاص، لكننى أسارع لتذكير القارئ بالمبدإ الذى قدمته من قبل وهو أن الحدود هى عقوبة قصوى أمر الشارع بدرئها بالشبهات. وليس معنى ذلك أن وجود الشبهة تجعل الفعل مباحا، وإنما تترك الباب مفتوحا لتوقيع عقوبة تعزيرية لا تصل إلى حد القطع. والشبهات يمكن أن تدور حول توافر أى ركن من أركان الجريمة، مثل ملكية المال المسروق، ونلاحظ أن الفقه فى حرصه على تضييق نطاق عقوبة القطع قد توسع فى هذه الشبهات حتى إنه لا يوجب القطع فى سرقة المال العام، بحجة أن من ينتمى للجماعة يمكنه أن يَعُدَّ نفسه شريكا فى مالها، وبالتالى لا يوقع عليه الحد، ويترتب على ذلك نتيجة لا نقرها وهى أن المال العام لا يحظى بعناية وحماية مماثلة لأموال الأفراد فى حين أننا نرى أنه أولى بالحماية .

وفضلا عن ركن الملكية، هناك أركان أخرى مثل الحيازة سواء حيازة المجنى عليه أو حيازة الجانى التى تشترط لإتمام الجريمة دخول المال فى حيازة السارق ويرون أن عدم تمام الجريمة يجعلها ناقصة وبالتالى فإن جزاءها تعزير فقط .

3 – أن فقهاءنا قد أجمعوا على أنه لابد من توافر شروط معينة فى الفعل الذى يستوجب الحد، أولها يخص مقدار المال المسروق أو قيمته (وهو ما يعرف بنصاب الحد)، الذى أشار إلى الخلافات العديدة بشأنه (تراجع البنود 611 وما بعده) وهذه الخلافات تفتح الباب لفقهائنا لاختيار الرأى الذى يرجحونه، أو لتحديد نصاب يتفق مع ظروف مجتمعاتنا والمجتمعات المستقبلية، ولا نوافق على سد الباب أمام الاجتهاد فى هذا المجال.

عليه حدا أو تعزيرا، وحالاته :

4 – وقبل كل هذا يشترطون للحد أن تكون الجريمة تامة بخروج المسروق من حيازة المجنى عليه ودخوله فى حيازة السارق. أما قبل ذلك فتكون مجرد شروع أو جريمة ناقصة لا تستوجب الحد بل يكون فيها التعزير فقط .

5 – كذلك يشترطون أن يكون المال "فى حرز مثله"، وتحديد الحرز كذلك هى مسألة اجتهادية يجب على فقهائنا وعلمائنا أن يراعوا فيها أحوال المجتمع وظروفه .

ومسألة "الحرز" يدخل فى نطاقها الحرز البشرى أى وجود شخص "محرز" للشىء يبادر عادة للدفاع عنه، ويقال فى هذه الحالة إن المال محرز بحارس، فهنا توافر شرط "الحرز" البشرى، لأن الحرز لا يقتصر مدلوله على الخزائن والصناديق والبيوت، وأمثالها، وإنما يقصد به أيضا ما يسمونه الحرز الحافظ فى حالة وجود من يرعى الشىء أو يحرسه (بند 609) وبذلك تدخل جرائم السرقات بالإكراه أو حمل السلاح لتكون أول صور الجرائم التى يطبق فيها الحد لأن المسروق كان فى "حرز مثله". هذا إذا لم يطبق حد الحرابة الذى سنتكلم عنه فيما بعد ....

ويفرق الفقهاء بين السرقة والاختلاس، ويعرفونه بأنه الذى يقع عندما يؤخذ الشىء فى حضور المجنى عليه دون اعتراضه (البند 598) .

6 – كذلك أضافوا شرط "الخفية" على أساس أن من يأخذ الشىء فى علانية يعرض نفسه للمقاومة أو القبض عليه، ولذلك تشدد العقوبة وتصبح حدا على من يتسلح بالخفية لارتكاب السرقة. وتحديد الخفاء كذلك هو مسألة اجتهادية فى نظرنا، لأن بعض السرقات العلنية التى تستعمل فيها القوة والسلاح أو العنف أو التهديد به هى أخطر على أمن الناس من مجرد التسلل خفية لاختلاس الشىء. وهنا يجب البحث عن حكم السرقات بالإكراه أو حمل السلاح التى تقرر لها القوانين الوضعية عقوبات مشددة ويمكن عَدُّها جريمة الحرابة، ولكن يجب معرفة الحكم إذا لم تتوافر فيها الشروط اللازمة لتوقيع حد الحرابة الذى سنتكلم عنه فيما بعد، ونحن نتساءل إن كان مجرد عدم الرضا أو المقاومة من قبل المحرز البشرى يُعَدّ فى حكم الخفية التى تبرر حد القطع .

۞ نظرية تشريعية شاملة لجرائم الأموال :

ونحن نرى أن شرط الخفية لا يقصد به عدم علم المجنى عليه، لأن عدم العلم يقصد به أن يكون قرينة على عدم الرضا. فالشرط فى نظرنا هو عدم الرضا، وعدم العلم أو عدم المشاهدة مجرد دليل عليه .

كل هذه مسائل نرجو أن نعود لها فى دراستنا لجريمة السرقة وصورها المختلفة وعقوباتها المتفاوتة فى القسم الخاص .

من هذا يتبين أهمية قولنا إن العقوبة الأصلية فى جرائم السرقة كغيرها من جرائم الحدود هى التعازير، أما العقوبة الحدية أى "القطع" فهى أقصى العقوبات التى لا توقع إلا فى الأحوال الاستثنائية التى تتوافر فيها شروط معينة نَعُدُّها نحن "ظروفا مشددة للعقوبة" سواء كانت متعلقة بنصاب السرقة (قيمة المسروق) أو "حرزه المادى أو البشرى"، أو الخفية أو عدم العلم أو عدم الرضا فى نظرنا ....

وميزة رأينا أنه يضع على عاتق الاجتهاد تحديد أركان الجريمة التعزيرية أولا، ثم الظرف المشدد الذى يلزمنا بقطع يد السارق أو السارقة بصفته العقوبة الحدية القصوى فى جريمة السرقة "المشددة" ....

مؤدى ذلك فى نظرنا أننا لا نوافق على إطلاق القول بأن "السرقة" عموما عقوبتها "القطع" بل الأصح أن العقوبة الأصلية هى التعزير، وأن القطع لا يجب إلا إذا توافرت الشروط التى أفاض الفقه فى بحثها، وهذه الشروط على اختلافها هى "ظروف مشددة" فى جريمة السرقة. فالقطع إذن عقوبة "السرقة المشددة" ... هذا هو رأينا .

إننا يجب أن نضيف هذه الملاحظة إلى رده القوى الحاسم على معارضى عقوبة القطع، فنحن نذكرهم بأنها ليست العقوبة العادية وإنما هى عقوبة استثنائية للردع والزجر، فى حالات تستوجب ذلك .

* * *

إننا نعتقد أن النص القرآنى لا يقصد به فرض عقوبة حدية فقط فى حالات معينة لها شروطها العديدة، وإنما هو يقرر حرمة المال الذى هو محور الحياة الاقتصادية والمعاملات المدنية والتجارية فى المجتمع، وهذا هو المقصد الأسمى الذى يجب أن يكون أساس نظرية تشريعية فى تحريم كل أشكال العدوان على حرمة المال لأنها تهدد أمن المجتمع واستقراره ونمو المبادلات والمعاملات المالية بين أفراد المجتمع .

❁ رأى الشيعة الجعفرية فى أن القطع يقع علي أطراف الأصابع، ومشكلة إعادة اليد بعد قطعها بعملية جراحية :

إن حد الزنا والقذف مقصده الأعلى هو حماية القيم الأخلاقية المتعلقة بالأسرة والعلاقات الجنسية والزواج والنسب والإنجاب، وهى ضرورية لإصلاح العنصر البشرى فى المجتمع .

والآن نجد أن حد السرقة له مقصد واسع هو حماية الأمن الاجتماعى الذى هو أساس المبادلات والمعاملات الاقتصادية، فالحياة الاقتصادية تلى الحياة الأسرية فى الأهمية لقيام المجتمع الصالح .

هذه النظرية هى التى يقوم أهل الاجتهاد على أساسها باستنباط أحكام التعازير المتعلقة بما يسمى الآن جرائم الأموال التى تتكاثر كلما زادت العلاقات المالية والاقتصادية أهمية فى حياة البشر .

ولهذا السبب فإننا نعتقد أن أهل الاجتهاد يجب أن يتحملوا مسئوليتهم كاملة فى تقنين التعازير التى تركها فقهاؤنا القضاة أيام كانوا مجتهدين. ولا شك فى أنهم سيجدون فى نصوص القوانين الوضعية ما يساعدهم فى ذلك، ولكن على أساس النصوص الإلهية فى الكتاب والسنة، وأولها العقاب على السرقة .

إنه أشار إلى أن القوانين الوضعية تعاقب على بعض صور السرقات المشددة بعقوبات الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة أو القتل كلما تضمنت خطرا على الإنسان إلى جانب خطرها على المال، كما أنه يقول إن القطع أقل ضررا على الجانى من قضاء بقية عمره فى السجون بناء على عقوبات السجن والأشغال الشاقة المقررة لبعض أنواع السرقات .

وهذا يقودنا إلى البحث الذى أثير بآخرة عن إمكانية إعادة اليد المقطوعة إلى مكانها بعملية جراحية، ونحن نرى أن هذا أمر لا يجوز الرد عليه بهذا التسرع والارتجال الذى لاحظناه فى بعض التصريحات الصحافية. والأولى أن نترك مثل هذه الأمور المستحدثة للبحث والدراسة والاجتهاد فى المستقبل .. خصوصا أن شريعتنا أولى الشرائع التى قررت العقوبات غير محددة المدة (كما أوضح ذلك فى نهاية البند 467). وما دامت عقوبة الحبس غير محدد المدة يجوز إنهاؤها كلما رأى القاضى ذلك، فيمكن أن يقاس عليها إعادة الكف المقطوعة .

❁ تشريع التوبة وأثرها فى سقوط الحد من أهم مظاهر الرحمة فى شريعتنا :

وفقهاؤنا إنما قرروا ذلك اجتهادا، فليس من حقنا أن نسد عليهم باب الاجتهاد فيما يتعلق بعبارة "القطع" كما فعلوا فى مدة الحبس ... وكلامه عن الرحمة وأن الشريعة لا تعرف القسوة ولا الانتقام، قد يكون مفيدا فى هذا المجال.

كما أن ما نقلناه فى تعليقات السيد الصدر من أن المذهب الجعفرى يلتزم بما روى عن الإمام على بن أبى طالب ﷺ من أن الذى يقطع هى أطراف الأصابع، لأن اليد لا يجوز قطعها حيث إنها من المساجد التى ورد ذكرها فى القرآن بقوله تعالى : ﴿وأن المساجد لله فلا تدعوا مع الله أحدا﴾ {الجن: 18} تراجع التعليقات رقم **89** على البند **128** ورقم **144** على البند **156** وحاشيتنا على تلك البنود .

ونحن نؤيد كل ما قاله عن أن الرحمة هى أهم صفات الله سبحانه، وبالتالى فهى من أهم أصول تشريعنا الجنائى. وهذا يؤيد ما قررنا فى مواضع عديدة من أن التوبة هى أول أهداف هذا التشريع. ويكفى أن نذكر قوله تعالى فى سورة الأنعام مخاطبا رسوله الكريم : ﴿وإذا جاءك الذين يؤمنون بآياتنا فقل سلام عليكم كتب ربكم على نفسه الرحمة أنه من عمل منكم سوءا بجهالة ثم تاب من بعده وأصلح فأنه غفور رحيم﴾ [الأنعام : **54**] .

لهذا نرى أن سقوط العقوبة الحدية فى حالة التوبة الصادقة يُعَدُّ من مميزات تشريعنا الجنائى كما أشرنا لذلك فى مواضع متعددة .

المبحث الخامس
فى عقوبة الحرابة

عوده ٤٦٣ـ*عقوبة المحارب*: فرضت الشريعة لجريمة الحرابة أربع عقوبات هى:
١ – القتل . ٢ – القتل مع الصلب . ٣ – القطع . ٤ – النفى .
ومصدر هذه العقوبات التشريعى هو القرآن حيث يقول الله جل شأنه : ﴿إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعَوْن فى الأرض فسادا أن يقَتَّلوا أو يصَلَّبوا أو تقَطَّعَ أيديهم وأرجلُهم من خلاف أو يُنفَوْا من الأرض﴾ [المائدة: ٣٣] .

٤٦٤ ـ *القتل* : تجب هذه العقوبة على قاطع الطريق إذا قتل، وهى حد لا قصاص، فلا تسقط بعفو ولى المجنى عليه. وقد وضعت العقوبة على أساس من العلم بطبيعة الإنسان البشرية، فالقاتل تدفعه إلى القتل غريزة تنازع البقاء بقتل غيره ليبقى هو، فإذا علم أنه حين يقتل غيره إنما يقتل نفسه أيضا امتنع فى الغالب عن القتل. فالشريعة بتقريرها عقوبة القتل دفعت العوامل النفسية الداعية للقتل بالعوامل النفسية الوحيدة المضادة التى يمكن أن تمنع من ارتكاب الجريمة، بحيث إذا فكر الإنسان فى قتل غيره ذكر أنه سيعاقب على فعله بالقتل فكان فى ذلك ما يصرفه غالبا عن الجريمة .

٤٦٥ ـ *القتل مع الصلب* : تجب هذه العقوبة على قاطع الطريق إذا قتل وأخذ المال، فهى عقوبة على القتل والسرقة معا؛ أو هى عقوبة على جريمتين كلاهما اقترنت بالأخرى، أو ارتكبت إحداهما وهى القتل لتسهيل الأخرى، وهى أخذ المال .

والعقوبة حد لا قصاص، فلا تسقط بعفو ولى المجني عليه .

وقد وضعت العقوبة على نفس الأساس الذي وضعت عليه عقوبة القتل، لكن لما كان الحصول على المال هنا يشجع بطبيعة الحال على ارتكاب الجريمة وجب أن تغلظ العقوبة بحيث إذا فكر الجانى في الجريمة وذكر العقوبة المغلظة وجد فيها ما يصرفه عن الجريمة المزدوجة .

ويرى بعض الفقهاء تقديم الصلب على القتل فيصلب الجانى حيا ثم يقتل وهو مصلوب. وحجة هذا الفريق أن الصلب عقوبة. وإنما يعاقب الحي لا الميت. ويرى البعض الآخر تقديم القتل على الصلب فيقتل أولا ثم يصلب، وحجتهم أن النص قدم القتل على الصلب في اللفظ فوجب أن يتقدمه في الفعل، وأن الصلب قبل القتل

﴿عوده﴾ تعذيب للمحكوم عليه والشريعة تنهى عن التعذيب، وأن الصلب ليس عقوبة شرعت لردع القاتل ولو كان عقوبة ردع لجبه القتل طبقا لقواعد الشريعة، وإنما هو عقوبة شرعت للزجر، فالمقصود من الصلب اشتهار أمره فيرتدع بذلك غيره[1]، والرأي الأول لمالك وأبي حنيفة، والرأي الثاني للشافعي وأحمد .

والصلب مع القتل يقابل في عصرنا الحاضر القتل رميا بالرصاص حيث يشد المحكوم عليه إلى خشبة على شكل الصليب ثم يطلق عليه الرصاص .

ولا يوافق الفقهاء على إبقاء المصلوب مدة طويلة، ويحدد بعضهم مدة الصلب بثلاثة أيام، ويحددها بعضهم ببدء تعفن الجثة فإذا بدئ التعفن أنزلت الجثة، ويرى البعض الاكتفاء بمجرد الصلب فيصلب بقدر ما يقع عليه اسم الصلب، ويرى البعض أن يصلب بقدر ما يشتهر أمره على أن تنزل الجثة قبل بدء التعفن[2] .

وقد أحسنت الشريعة في التفريق بين عقاب القتل وحده والقتل المقترن بأخذ المال؛ لأن الجريمتين مختلفتان وكلاهما لا تساوى الأخرى، فوجب من ناحية المنطق والعقل أن تختلف عقوبة إحداهما عن الأخرى .

وقد يقال : ألا فائدة لأى عقوبة أخرى مع عقوبة القتل خصوصا وأن الصلب مع القتل ليس إلا القتل مصحوبا بالتهويل، فالصلب زيادة لا فائدة منها. والرد على ذلك من أهون الأمور، فلكل عقوبة غرضان : تأديب الجانى وزجر غيره، وإذا كان كل تأديب لغوا بعد عقوبة القتل فكل عقوبة أخرى مهما صغرت لها أثرها في الزجر إذا صحبت عقوبة القتل. والصلب حقيقة لا يؤثر على المحكوم عليه خصوصا إذا كان الصلب بعد الموت، ولكن أثر الصلب على الجمهور شديد، بل قد يكون هو الشيء الوحيد الذي يجعل لعقوبة القتل قيمتها بين الجمهور عامة وبين قطاع الطرق خاصة، فالصلب له أثره الذى لاينكر في زجر الغير وكفه عن الجريمة .

---

(١) المغنى جـ ١٠ ص ٣٠٨ .

(٢) المغنى جـ ١٠ ص ٣٠٨ .

<عوده> ٤٦٦ ـ *القطع* : وتجب هذه العقوبة على قاطع الطريق إذا أخذ المال ولم يقتل[1]. والمقصود بالقطع قطع يد المجرم اليمنى ورجله اليسرى دفعة واحدة، أى قطع يده ورجله من خلاف .

وقد وضعت هذه العقوبة على نفس الأساس الذى وضعت عليه عقوبة السرقة. إلا أنه لما كانت الجريمة ترتكب عادة في الطرق وبعيدا عن العمران، كان قاطع الطريق في أغلب الأمر على ثقة من النجاح وفي أمن من المطاردة، وهذا مما يقوى العوامل النفسية الداعية للجريمة ويرجحها على العوامل الصارفة التي تبعثها في النفس عقوبة السرقة العادية، فوجب من أجل ذلك تغليظ العقوبة حتى تتعادل العوامل النفسية التي تصرف عن الجريمة مع العوامل النفسية التي تدعو إليها .

وعقوبة قاطع الطريق هنا تساوى عقوبة السارق إذا سرق مرتين، وهي عقوبة لا شك عادلة، لأن خطورة قاطع الطريق لا تقل عن ضعف خطورة السارق العادى، ولأن فرصة قاطع الطريق في النجاح والإفلات قد تزيد على ضعف فرصة السارق العادى .

وإذا كانت الشريعة تضاعف العقوبة المقررة للسرقة العادية وتجعلها عقوبة لقاطع الطريق، فإن القانون المصرى يجعلها خمسة أمثال العقوبة المقررة للسرقة العادية على الأقل؛ لأنه يعاقب على السرقة المصحوبة بظروف بسيطة بالحبس لمدة ثلاث سنوات ويعاقب على السرقة التي تقع في الطرقات العمومية بالأشغال الشاقة المؤبدة أو الأشغال الشاقة المؤقتة، وعقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة حدها خمسة عشر عاما، فهي خمسة أمثال عقوبة الحبس من حيث عدد السنوات. وسنرى فيما بعد أن حوالي نصف المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة يعودون إلى ارتكاب الجرائم في ظرف سنة من تاريخ الإفراج عنهم، وأنهم يخرجون من السجن وهم أشد ميلا للإجرام وأكثر حذقا له، وأنهم يصبحون بعد خروجهم من السجن خطرا يهدد الأمن والنظام. ومن السهل أن يصدق كل إنسان هذا القول ويؤمن به، ولكن هل يستطيع أحد مهما بعد به الخيال أن يصدق أن رجلا مقطوع اليد والرجل يصلح لارتكاب الجرائم أو ينفعه شيئا حذقُه للإجرام أو يستطيع أن يصبح خطرا على الأمن والنظام ؟

---

(١) راجع الفقرة ٣٧٩ .

‹عوده› ٤٦٧- *عقوبة النفي* : تجب هذه العقوبة على قاطع الطريق إذا أخاف الناس ولم يأخذ مالا ولم يقتل .

وتعليل هذه العقوبة أن قاطع الطريق الذي يخيف الناس ولا يأخذ منهم مالا ولا يقتل منهم أحدا إنما يقصد الشهرة وبعد الصيت فعوقب بالنفى، وهو يؤدى إلى الخمول وانقطاع الذكر، وقد تكون العلة أنه بتخويف الناس نفى الأمن عن الطريق وهو بعض الأرض فعوقب بنفي الأمن عنه في كل الأرض .

وسواء صحت هذه العلة أو تلك، فالعوامل النفسية التي تدعو للجريمة في كل حال قد دفعتها الشريعة بالعوامل النفسية الوحيدة المضادة التى تصرف عن الجريمة. فهو إذا فكر في الجريمة لتجلب له الشهرة ذكر العقوبة فعلم أنها تجر عليه الخمول، وهو إذا فكر في الجريمة ليخيف الناس، وينفي الأمن عنهم في بعض الأرض ذكر العقوبة فعلم أنه سينفى عنه الأمن في كل الأرض، وحينئذ ترجح في أغلب الأحوال العوامل النفسية الصارفة عن الجريمة على العوامل النفسية الداعية إليها. فأساس العقوبة هو العلم بطبيعة النفس البشرية .

والرأي الراجح أن النفي يكون من بلد إلى بلد داخل حدود دار الإسلام[1]، على ألا تقل المسافة بين البلدين عن مسافة القصر[2]، وعلى أن يحبس الجانى فى البلد الذي ينفى إليه. وليس للحبس أمد معين بل هو متوقف على ظهور توبة المحكوم عليه وصلاحه؛ فإن ظهرت أطلق سراحه. وحجتهم في حبس المحكوم عليه أن العقوبة يجب أن يكون لها معنى، لأن نقل قاطع الطريق من بلد إلى بلد آخر لا معنى له إذا بقى مطلق السراح، ولا يمنعه أن يفعل ما فعله من قبل، فليكون للنفى معناه يجب أن يحبس[3].

---

(١) يرى بعض الفقهاء أن النفى هو إخراج المنفى من أرض الإسلام إلى أرض الحرب، وهو رأى مهمل .

(٢) مسافة القصر هى مسيرة يوم بالسير الوسط كما يرى مالك والشافعى وأحمد، وهى مسيرة ثلاثة أيام كما يرى أبو حنيفة، وهى سبعة عشر ميلا كما يرى البعض .

(٣) شرح الزرقانى جـ ٨ ص ١١٠ – بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٨١ – أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٤٥ – المغنى جـ ١٠ ص ٣١٣ .

<عوده> وعقوبة النفي بالمعنى السابق تقابل عقوبة الإرسال إلى الإصلاحية التي عرفتها أخيرا القوانين الوضعية، تلك العقوبة التي تقوم على حبس المحكوم عليه في مكان خاص مدة غير محدودة، بشرط ألا يحبس أكثر من مدة معينة. وهذه العقوبة تطبيق لنظرية العقوبة غير المحدودة وهي من أحدث نظريات العقاب في القوانين الوضعية.

وإذا كانت القوانين الوضعية لم تعرف نظرية العقوبة غير المحدودة إلا في أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين، فإن الشريعة الإسلامية قد عرفت هذه النظرية وطبقتها من ثلاثة عشر قرنا، وتلكم عقوبة النفي على ذلك من الشاهدين. فمن كان يظن أن القوانين الوضعية حين أخذت بهذه النظرية قد جاءت بشيء جديد، فليعلم أنها لم تجئ إلا بأقدم النظريات في الشريعة الإسلامية، ومن كان يظن أن عقوبات الشريعة ونظرياتها لا تصلح للعصر الحديث فلعله أن يستبين مما تقدم ومما سيجيء أن عقوبات الشريعة ونظرياتها هي ألزم الأشياء لهذا العصر الحديث .

۞ 463 – 467 – تنوع العقوبات فى الحرابة حسب خطورة كل فعل :

سنرى فى دراستنا للقسم الخاص أن الحرابة ليست جريمة واحدة، بل هى مجموعة الأعمال التى توصف بأنها محاربة لله ورسوله أو فساد فى الأرض، أى أنها تهدد أمن المجتمع واستقراره فى عمومه، ولا يقتصر أثرها على الاستيلاء على المال، بل يرى الفقه أنها تقطع الطريق وتهدد حياة السالكين فيه. والطرق هى شرايين الحياة الاقتصادية والاجتماعية، لذلك، قرر لها النص القرآنى للعدوان عليها بالقوة والعنف عدة عقوبات متفاوتة ، فالآية (33) من سورة المائدة أشارت إلى أربع "إجراءات" تتخذ ضد من ﴿يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فسادا ... ﴾ .

ولا بد أن تعرف أولا ما تقصده الآية من هؤلاء "المحاربين". ويذهب جمهور الفقهاء إلى أنهم "قطاع طرق"، ولذلك يربطون بينها وبين السرقة، فتكون نوعا من السرقة المشددة، والظرف المشدد فيها هو "المغالبة" أى استعمال القوة للحصول على مال الغير. لذلك فإن عقوبة القطع فيها مضاعفة لتكون أشد من عقوبة السرقة العادية والحدية كذلك، لكنهم قرروا توقيع إحدى العقوبات فقط إذا كان الغرض هو التخويف دون قصد الحصول على مال .

إن إشارة النص القرآنى إلى أربع "جزاءات" أتاحت لفقهائنا التمييز بين أربع صور لهذه الجريمة، ورجحوا أن يكون لكل منها إحدى العقوبات الأربع المناسبة لخطورتها ....

وأقل هذه العقوبات هى "النفى" الذى تكلمنا عنه فيما سبق بصفته صورة من "التغريب" .... ولذلك فإنهم يرون وجوبها فى حالة ما إذا لم يكن الغرض من الحرابة الاستيلاء على مال، وإنما قصد مرتكبها مجرد التخويف والتحكم والسيطرة ....

أما عندما يكون الهدف هو الاستيلاء على المال فتكون العقوبة القطع، وتكون هنا مضاعفة تشمل اليد والرجل من خلاف، لأن الجريمة أخطر من السرقة العادية ومن الابتزاز بالتهديد .

وقد أضاف النص صلب الجانى. ونحن نؤيد ما ذهب إليه بأن القتل رميا بالرصاص الذى يطلق فيه الرصاص على الجانى وهو مقيد إلى "صليب" هو الصورة المقصودة بالصلب، فلا يقصد بذلك الصلب بعد القتل فى نظره لأنه مثلة محرمة ...

وهنا كما فى حد السرقة نجد اشتراط أدلة قانونية معينة لوجوب الحد، ويقصد به كما قلنا ثبوت الظرف المشدد الذى يستوجب الحد، وقد أفاض فيه فقيهنا فى البند 637، وإن كنا نأخذ عليه أنه يسمى الحد "جريمة الحرابة".

۞ التعزير فى حالة عدم توافر شروط الحد :

أما إذا لم تتوافر هذه الأدلة القانونية، فإنه لا يعطى الجريمة اسمها، وإنما يكتفى بالقول بأن المحارب – فى هذه الحالة – يعاقب عقوبة تعزيرية. وقد أضاف أن التعزير يختلف فى إثباته عن الحد، لأنه يثبت بما تثبت به "الأموال" وعبر عن ذلك بأن العبرة بثبوت الاتهام لدى القاضى، أى أن التعزير يكفى فيه الأدلة الإقناعية، فى حين أن الحد لا يجب إلا إذا توافر عدد معين من الشهود.

وقد سبق أن قلنا إن جرائم التعازير هى جرائم غير مسماة فى نصوص الكتاب أو السنة مثل الحدود، ولا مانع لدينا عند التقنين أن نختار لها اسما مختلفا يميزها، والمهم عندنا أنها أفعال تستحق جزاء تعزيريا سواء كانت عقوبة إن كانت جرائم، أو تدبيرا إصلاحيا ووقائيا إن كانت دون ذلك .

وفى حالة الحرابة أو السرقة أو غيرها من جرائم الحدود أو القصاص، فإن مجرد عدم توافر شرط من شروط توقيع العقوبة المقدرة الواجبة حدا أو قصاصا لا يترتب عليه انعدام الجريمة ولا إباحة الفعل دائما وإنما يكون الجزاء تعزيرا فقط إذا وجد ما يستدعى ذلك.

وفى الحرابة والسرقة يوجد تداخل مع المسئولية المدنية سواء برد المسروق أو التعويض عنه، وكذلك تطبق القواعد المدنية فى ثبوت الملكية بما فيها قواعد الإثبات وذلك إذا ادعى السارق أن الشيء المسروق ملك له أو أنه شريك فيه أو حائز له بسبب شرعى بدليل يقدمه، وهنا يلتزم القاضى الجنائى بتطبيق القواعد المدنية فى هذه المسائل المدنية، بما فى ذلك قواعد الإثبات المتعلقة بها، ولذلك فإن الفقه يرى أن التعزير يثبت بما تثبت به "الأموال" .

وهذه النقطة تهمنا لأنها تؤيد ما قلناه من أن الإثبات فى التعازير يخضع لتقدير القاضى والقواعد العامة، وذلك بخلاف الحدود والقصاص، فإن الإثبات فيها قانونى تلتزم فيه بنص الشارع وأقوال الفقهاء .

المبحث السادس
في عقوبة الردة والبغي

عوده ٤٦٨ـ *عقوبة الردة* : للردة عقوبتان : عقوبة أصلية وهي القتل، وعقوبة تبعية وهي المصادرة .

أ – القتل : تعاقب الشريعة المرتد بالقتل، والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿ومن يَرْتَدِدْ منكم عن دينه فيمتْ وهو كافر فأولئك حَبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة وأولَئك أصحاب النار هم فيها خالدون﴾ [البقرة: ٢١٧]. وقول النبي ﷺ : "من بدل دينه فاقتلوه" .

ومعنى الردة ترك الدين الإسلامي والخروج عليه بعد اعتناقه، فلا تكون الردة إلا من مسلم .

وتعاقب الشريعة على الردة بالقتل؛ لأنها تقع ضد الدين الإسلامي وعليه يقوم النظام الاجتماعي للجماعة، فالتساهل في هذه الجريمة يؤدي إلى زعزعة هذا النظام، ومن ثم عوقب عليها بأشد العقوبات استئصالا للمجرم من المجتمع وحماية للنظام الاجتماعي من ناحية؛ ومنعا للجريمة وزجرا عنها من ناحية أخرى. ولا شك فى أن عقوبة القتل أقدر العقوبات على صرف الناس عن الجريمة. ومهما كانت العوامل الدافعة إلى الجريمة، فإن عقوبة القتل تولد غالبا في نفس الإنسان من العوامل الصارفة عن الجريمة ما يكبت العوامل الدافعة إليها ويمنع من ارتكاب الجريمة في أغلب الأحوال .

وأكثر الدول اليوم تحمي نظامها الاجتماعي بأشد العقوبات تفرضها على من يخرج على هذا النظام أو يحاول هدمه أو إضعافه. وأولى العقوبات التى تفرضها القوانين الوضعية لحماية النظام الاجتماعي هي عقوبة الإعدام أي القتل؛ فالقوانين الوضعية اليوم تعاقب على الإخلال بالنظام الاجتماعي بنفس العقوبة التي وضعتها الشريعة لحماية النظام الاجتماعي الإسلامي .

ب – المصادرة : عقوبة الردة التبعية هي مصادرة مال المرتد. ويختلف الفقهاء فى مدى المصادرة: فمذهب مالك والشافعي، والرأي الراجح في مذهب أحمد على أن المصادرة تشمل كل مال المرتد. ومذهب أبي حنيفة ويؤيده بعض الفقهاء في مذهب أحمد

<عوده> على أن مال المرتد الذي اكتسبه بعد الردة هو الذي يصادر، أما ماله الذي اكتسبه قبل الردة فهو من حق ورثته المسلمين. وهناك رواية عن أحمد بأن المال المكتسب بعد الردة لا يصادر إن كان للمرتد من يرثه من أهل دينه الذي اختاره، وهي رواية غير مشهورة [1].

٤٦٩ـ *عقوبة البغي* : تعاقب الشريعة على البغي بالقتل. والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله﴾ [الحجرات : ٩]. وقول الرسول ﷺ : "من أعطى إماما صفقة يده وثمرة فؤاده فليطعه ما استطاع، فإن جاء آخر ينازعه فاضربوا عنق الآخر"، وقوله : "ستكون هنات وهنات، ألا ومن خرج على أمتي وهم جميع فاضربوا بالسيف عنقه كائنا من كان" .

وجريمة البغي موجهة إلى نظام الحكم والقائمين بأمره، وقد تشددت فيها الشريعة؛ لأن التساهل فيها يؤدي إلى الفتن والاضطرابات وعدم الاستقرار، وهذا بدوره يؤدي إلى تأخر الجماعة وانحلالها، ولا شك فى أن عقوبة القتل أقدر العقوبات على صرف الناس عن هذه الجريمة التي يدفع إليها الطمع وحب الاستعلاء .

وكل الدول اليوم تعاقب على البغي بالإعدام، وهو نفس العقوبة المقررة للجريمة في الشريعة .

(١) المغنى جـ ٧ ص ١٧٤ .

468، 469 – حد القتل فى الردة والبغى :

لقد تكلمنا عن البغى فيما سبق عند كلامنا عن الجريمة السياسية وما قررته الشريعة من أحكام خاصة لمعاملة البغاة المتأولين الذين يستعملون العنف ويخرجون على السلطة القائمة بحجة شرعية يؤولونها سواء كانت صحيحة أو خاطئة، وأن الفقه يَعُدّ حالة الخروج أو الثورة أو الحروب الأهلية ضارة بالمجتمع ولذلك يقرر لها أحكاما يقصد بها إنهاؤها ولو استدعى ذلك تقرير معاملة خاصة للطرفين المتنازعين، دون بحث فيمن هو منهما على الحق أو الباطل لتعذر ذلك فى أثناء الفتنة .

لكن ما يقرره الفقه من جزاء على عقوبة "البغى" موضوع آخر، لأنه فى نظرهم يشترط فيه أن يكون هناك خروج على سلطة شرعية صحيحة. وهذا هو ما يجعل هناك علاقة بينه وبين الردة، ولهذا السبب فقد سبق أن أشرنا إلى أن الجمهور يرى أن الردة والبغى تستوجبان القتل حدا، وتكلمنا عن ذلك، ورغم أنه يؤيد هذا الرأى فإننا نرجح الرأى الذى يَعُدُّها جرائم تعزيرية، وقد سبق أن أوضحنا ذلك .

والذين يرون توقيع عقوبة القتل حدا يضيفون لها عقوبة تبعية هى مصادرة مال المرتد مع وجود خلافات فى هذا الشأن، كما أنه يفهم من ذلك أن جريمة البغى قد تكون مصحوبة بالردة ومندمجة معها.

وقد سبق أن اعترضنا على مجاراة فقيهنا للرأى القائل بأن البغى هو الخروج على نظام الحكم القائم، وهذا يهمل الشرط الأساسى وهو أن يكون من خرج عليه الثائرون حاكما شرعيا ولايته صحيحة، مثل سيدنا على بن أبى طالب.

وقد قلنا إن أحكام البغى كجريمة سياسية فى فقهنا تستند إلى ما روى عن سيدنا على بن أبى طالب فى معاملته للخوارج. ثم إن من قالوا بذلك تجاهلوا أشد أنواع البغى وأسوأها، وهى إساءة استعمال السلطة من الحكام المستبدين أو المغتصبين الذين يتهمون كل من يعارض بغيهم بأنهم "بغاة"، فى حين أنه من الواجب عقابهم هم على الاستيلاء على السلطة بدون حق وبدون مشورة الأمة، وهذا هو فى ذاته أشد أنواع البغى وأسوؤها، ويجب أن يبدأ بمجازاتهم عليه .... ولا نوافق على حُسبان الثائرين عليهم متهمين بارتكاب جريمة البغى .

۞ بغي من يغتصبون السلطة بدون أساس شرعي يجب العقاب عليه :

إن الخروج على البغاة الذين يغتصبون السلطة بغير طريق شرعى ويمكنون لأنفسهم بالقوة والبطش لا يجوز أن يكون حكمه مثل حكم من يخرجون على السلطة الشرعية الصحيحة، وفى نظرنا أن هؤلاء الذين يخرجون على سلطة شرعية فقط هم الذين يصح وصفهم بأنهم "بغاة".

ونحن نرى أن يصحح وصف الجريمة فى هذه الحالة بأنها تقع فى حالة الخروج على نظام حكم شرعى صحيح قائم، وأن من يستولون على السلطة بالقوة والعنف والغدر هم حكام بغاة يجب مقاومتهم، ومن يخرج عليهم ويقاومهم يستعمل حقا شرعيا ولا يُعَدُّ فعله بغيا .

الفصل الثاني
في العقوبات المقررة لجرائم القصاص والدية

‹عوده› ٤٧٠ ـ *عقوبات متعددة* : جرائم القصاص والدية هي كما ذكرنا قبلا:
(١) القتل العمد. (٢) القتل شبه العمد. (٣) القتل الخطأ. (٤) الجرح العمد.
(٥) الجرح الخطأ .

والعقوبات المقررة لهذه الجرائم هي: القصاص – الدية – الكفارة – الحرمان من الميراث – الحرمان من الوصية، وسنتكلم فيما يلي عن هذه العقوبات واحدة بعد أخرى.

٤٧١ ـ *أولا* : *القصاص* : جعلت الشريعة القصاص عقوبة للقتل العمد والجرح العمد. ومعنى القصاص أن يعاقب المجرم بمثل فعله، فيقتل كما قتل ويجرح كما جرح.

ومصدر عقوبة القصاص هو القرآن والسنة. فالله جل شأنه يقول : ﴿يأيها الذين آمنوا كُتبَ عليكم القِصَاصُ في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى فمن عُفِيَ له من أخيه شيء فاتِّباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمةٌ فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم * ولكم في القصاص حياة يا أولى الألباب لعلكم تتقون﴾ [البقرة: ١٧٨، ١٧٩]. ويقول جل شأنه : ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص فمن تصدَّق به فهو كفارة له ومن لَّم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون﴾ [المائدة: ٤٥]. وجاءت السنة مؤكدة لما جاء به القرآن، فالرسول ﷺ يقول : "من اعتبط مؤمنا بقتل فهو قود به، إلا أن يرضى ولي المقتول". ويقول : "من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين، إن أحبوا فالقود، وإن أحبوا فالعقل – أي الدية –" .

وليس في العالم كله قديمه وحديثه عقوبة تفضل عقوبة القصاص، فهي أعدل العقوبات إذ لا يجازى المجرم إلا بمثل فعله، وهي أفضل العقوبات للأمن والنظام، لأن المجرم حينما يعلم أنه سيجزى بمثل فعله لا يرتكب الجريمة غالبا .

والذي يدفع المجرم بصفة عامة للقتل والجرح هو تنازع البقاء وحب التغلب والاستعلاء. فإذا علم المجرم أنه لن يبقى بعد فريسته أبقى على نفسه بإبقائه على فريسته. وإذا علم أنه إذا تغلب على المجني عليه اليوم فهو متغلب عليه غدا لم يتطلع

﴿عوده﴾ إلى التغلب عليه عن طريق الجريمة. وأمامنا على ذلك الأمثلة العملية نراها كل يوم، فالرجل العصبي المزاج السريع إلى الشر تراه أهدأ ما يكون وأبعد عن الشر وطلب الشجار إذا رأى خصمه أقوى منه أو قدَّر أنه سيرد على الاعتداء بمثله، والرجل المسلح قد لا يثنيه شيء عن الاعتداء ولكنه يتراجع ويتردد إذا رأي خصمه مسلحا مثله ويستطيع أن يرد على الاعتداء بالاعتداء؛ والمصارع والملاكم لا يتحدى أيهما شخصا يعلم أنه أكثر منه قوة أو مرانا أو جلدا ولكنه يتحدى بسهولة من يظنه أقل منه قوة وأضعف جلدا .

تلك هي طبيعة البشر وضعت الشريعة على أساسها عقوبة القصاص؛ فكل دافع نفسي يدعو إلى الجريمة يواجه من عقوبة القصاص دافعا نفسيا مضادا يصرف عن الجريمة، وذلك ما يتفق تمام الاتفاق مع علم النفس الحديث .

والقوانين الوضعية الحديثة تعترف بعقوبة القصاص، ولكنها تطبقها على جريمة القتل فقط، فتعاقب بالإعدام على القتل، ولكنها لا تعاقب بالقصاص على الجراح، وتكتفي في عقاب الجارح بالغرامة والحبس أو بأحدهما .

ولا شك في أن الشريعة الإسلامية حين سوت بين القتل والجراح فى نوع العقوبة كانت طبيعية ومنطقية. أما القوانين الوضعية فقد باعدت بين نفسها وبين المنطق وطبائع الأشياء حين فرقت فى نوع العقوبة بين هاتين الجريمتين، ذلك أن جريمتى القتل والجرح من نوع واحد وينبعثان عن دافع واحد، ولا يكون القتل قتلا قبل أن يكون ضربا أو جرحا فى أغلب الأحوال، وإنما ينتهى بعض الجروح أو الضربات بالوفاة، وينتهى البعض بالشفاء فتسمى هذه جراحا كما تسمى تلك قتلا. وما دامت الجريمتان من نوع واحد فوجب أن تكون عقوبتهما من نوع واحد، وإذا كانت النتيجة فى كل من الجريمتين تخالف الأخرى، فإن نتيجة العقوبة مخالفة أيضا بنفس المقدار لا تزيد ولا تنقص. فالجريمتان نوعهما واحد وأصلهما الجرح، وعقوبتها من نوع واحد وهو القصاص، وإحدى الجريمتين تنتهى بقتل المجنى عليه وعقوبتها قتل المجرم، والجريمة الثانية تنتهى بجرح المجنى عليه وعقوبتها جرح المجرم، وهذا هو منطق الشريعة الدقيق والسبق الذى لم يصل إليه القانون بعد والذى قد يصل إليه بعد حين طويل أو قصير ولكنه سيصل إليه دون شك؛ لأن الأساس الأول فى الشرائع على العموم هو المنطق. وما دامت القوانين تعترف بعقوبة القصاص وتطبقها على جريمة القتل، وما دام المنطق يقضى بأن تطبق هذه العقوبة على جريمة الجرح أيضا، فلا بد من أن تخضع القوانين لهذا المنطق الذى أخذت بأسبابه واعترفت بمقدماته .

﴿عوده﴾ وللمجنى عليه ولوليه حق العفو عن عقوبة القصاص، فإذا عفا سقطت العقوبة. والعفو قد يكون مجانا وقد يكون مقابل الدية، ولكن سقوط عقوبة القصاص بالعفو لا يمنع ولى الأمر من أن يعاقب المجرم بعقوبة تعزيرية مناسبة .

والأصل فى الشريعة أن المجنى عليه ليس له فى الجرائم عامة حق العفو عن العقوبة، ولكن هذا الحق أعطى استثناء للمجنى عليه أو وليه فى جرائم القصاص والدية دون غيرها من الجرائم؛ لأن هذه الجرائم تتصل اتصالا وثيقا بشخص المجنى عليه، ولأنها تمس المجنى عليه أكثر مما تمس أمن الجماعة ونظامها، ولم تخش الشريعة أن يمس حق المجنى عليه فى العفو الأمن العام والنظام؛ لأن جرائم القتل والجرح إذا كانت اعتداء خطيرا على أمن الفرد، فإنها ليست بهذه الخطورة لأمن الجماعة، فكل إنسان لا يخاف قاتل غيره أو ضاربه ولا يخشى أن يعتدى عليه؛ لأنه يعرف أن القتل أو الجرح أو الضرب لا يكون إلا عن دافع شخصي، أما السارق مثلا فيخافه كل فرد ويخشاه؛ لأنه يعلم أن السارق يطلب المال أين وجده ولا يطلب مال شخص بعينه.

وإذا فرض أن إعطاء حق العفو للمجني عليه أو وليه يؤثر على الأمن العام، فإن هذا التأثير لا يكون إلا إذا أسرف المجني عليه في استعمال هذا الحق، والإسراف بعيد الاحتمال؛ لأن اتصال الجريمة بشخص المجني عليه مما يدعوه للتشدد في استعمال حق العفو إذ في طبيعة الإنسان أن يميل إلى الانتقام ممن اعتدى عليه أكثر مما يميل إلى العفو عنه، وإذن ففي اتصال الجريمة بشخص المجني عليه ضمان لعدم الإسراف في استعمال حق العفو وبالتالي ضمان لعدم المساس بأمن الجماعة .

ولقد كانت الشريعة عملية ومنطقية في منح حق العفو للمجني عليه أو وليه؛ لأن العقوبة فرضت أصلا لمحاربة الجريمة ولكنها لا تمنع وقوع الجريمة في أغلب الأحوال، أما العفو فيؤدي إلى منع الجريمة في أغلب الأحوال، لأنه لا يكون إلا بعد الصلح والتراضي وصفاء النفوس وخلوها من كل ما يدعو إلى الجريمة والإجرام. فالعفو هنا يؤدى وظيفة العقوبة وينتهي إلى نهاية تعجز العقوبة عن الوصول إليها، وهذا هو الوجه العملي لتقرير حق العفو؛ أما من ناحية المنطق فقد قلنا إن جرائم القتل والجرح جرائم شخصية، فهي تصدر عن دوافع شخصية في نفس المجرم سببها شخصية المجني عليه، وهي تمس المجني عليه في حياته وبدنه أكثر مما تمس المجتمع في أمنه، فمن حق المجني عليه أن يكون لشخصيته اعتبار في توقيع العقوبة ما دامت الجريمة متصلة بشخصه هذا الاتصال.

﴿عوده﴾ وإذا كانت الشريعة الإسلامية قد اعترفت بحق المجني عليه في أن يعفو عن عقوبة بعض الجرائم، فإن القوانين الوضعية تعترف بنفس هذا المبدإ وإن كانت لا تطبقه على نفس الجرائم التي ينطبق عليها فى الشريعة، ذلك أن من القوانين الوضعية ما يعترف بحق الزوج – وهو المجني عليه في جريمة الزنا – في أن يعفو عن زوجته الزانية. فالشريعة إذن لم تأت بشيء غريب حين اعترفت للمجني عليه بحق العفو، وإنما جاءت بمبدإ تعترف به اليوم أحدث القوانين، وتبقى الشريعة بعد ذلك متفوقة على القانون الوضعي تفوقا ظاهرا في أنها أحسنت اختيار المنطقة التي يطبق فيها المبدأ؛ لأن تقرير حق العفو في جرائم القتل والجرح يؤدى إلى الوفاق والوئام، ويقضي على دواعي النفور وبواعث الانتقام، فتقل بذلك الجرائم وتخف حدة الإجرام. أما القانون الوضعي فقد أساء اختيار المنطقة التي يطبق فيها المبدأ، لأن تقرير حق العفو في جريمة الزنا يؤدى إلى شيوع الفاحشة وفساد الأخلاق، ويهدم نظام الأسرة، وإن أريد به الوفاق الوقتي بين الزوجين. وإذا هدم نظام الأسرة فقد هدم الركن الركين الذي يقوم عليه المجتمع وما وجد القانون لهدم الجماعة وإنما وجد للمحافظة عليها .

وإذا كان القصاص هو عقوبة القتل العمد والجرح العمد، فإن الحكم بالقصاص مقيد بإمكانه وبتوافر شروطه، فإذا لم يكن ممكنا ولم تتوافر شروطه امتنع الحكم به ووجب الحكم بالدية ولو لم يطلب المجني عليه أو وليه الحكم بها؛ لأن الدية عقوبة لا يتوقف الحكم بها على طلب الأفراد .

وليس في الشريعة ما يمنع في حالة عدم إمكان الحكم بالقصاص من معاقبة الجانى بعقوبة تعزيرية مع الدية إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة، ومذهب مالك على إيجاب عقوبة التعزير كلما سقط القصاص أو امتنع الحكم به في حالة القتل والجرح[1] .

والقصاص هو العقوبة الأصلية للقتل والجرح في حالة العمد، أما الدية أو التعزير فكلاهما عقوبة بدلية تحل محل القصاص عند امتناع القصاص أو سقوطه بالعفو .

(١) مواهب الجليل الجزء السادس ص ٢٦٨ .

❁ 470، 471 – العدوان عمدا على حياة الناس وسلامة أبدانهم

يوجب القصاص بشروط معينة :

سبق أن قلنا إننا نفضل وصف الجرائم بخصائصها الموضوعية وعدم الاكتفاء بتصنيفها حسب العقوبة المقررة لها .

وجميع الجرائم التى يصفها بأنها جرائم القصاص والدية هى فى حقيقتها جرائم عدوان على الحياة الإنسانية وسلامة الأبدان، وهذا له أهمية نظرية لأنه يفسر لنا لماذا خصها المشرع بعقوبات معينة – هى التى يدرسها فى هذا الفصل – وهى عقوبات بدنية تماثل الفعل الذى ارتكبه الجانى، وذلك لتأكيد مبدإ المساواة البشرية فى الدماء وسلامة الأبدان.

* * *

ويفرق شرعنا الإلهى بين العمد والخطإ فى هذه الأفعال، فالعمد عقوبته الأصلية هى القصاص. أى مجازاة الجانى بمثل ما ارتكبه عمدا. ومرجع ذلك هى النصوص المشار إليها.

ويرد فقيهنا على من ينتقدون مبدأ القصاص، ويرى أنه من العدل أن يعرف من يتعمد العدوان أنه سوف يتعرض لمثله .... ويكفى أن أغلب القوانين الوضعية تفرض القتل عقوبة للقاتل .... والجرح العمد يستحق مثل ذلك .

لكن الفرق بين شريعتنا والشرائع الوضعية هى أن شريعتنا تفتح بابا واسعا لاستبدال التعزير بالقصاص، إذا تصالح ولى الدم أو المجنى عليه وتنازل عن حقه فى القصاص. وهم يسمون هذا التنازل عفوا لكنه عفو عن وجوب القصاص فقط، وليس عفوا عن الجريمة التى تبقى وتستوجب التعزير، ولذلك قدمنا دائما أن التعزير هو الأصل والقصاص كالحد عقوبة استثنائية قصوى تجب عند توافر شروط معينة .

يؤكد ذلك قوله إنه ليس فى الشريعة ما يمنع فرض عقوبة تعزيرية مع الدية فى حالة عدم إمكان الحكم بالقصاص، وإن الإمام مالك يرى وجوب التعزير دائما كلما امتنع القصاص. وهذا يؤيد قولنا إن التعزير هو الأصل فى جميع جرائم الحدود والقصاص .

﴿عوده﴾ ٤٧٢ـ (ثانيا) *الدية* : جعلت الشريعة الدية عقوبة أصلية للقتل والجرح في شبه العمد والخطإ. ومصدر هذه العقوبة القرآن وسنة الرسول. فالله جل شأنه يقول: ﴿وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودِيَةٌ مسلَّمة إلى أهله إلا أن يصَّدَّقوا﴾ [النساء : ٩٢]. والرسول ﷺ يقول: "ألا إن في قتيل عمد الخطإ قتيل السوط والعصا والحجر مائة من الإبل" .

والدية مقدار معين من المال. وهي – وإن كانت عقوبة – إلا أنها تدخل في مال المجني عليه. ولا تدخل خزانة الدولة، وهي من هذه الناحية أشبه بالتعويض خصوصا وأن مقدارها يختلف تبعا لجسامة الإصابات، ويختلف بحسب تعمد الجاني للجريمة وعدم تعمده لها.

ومن الخطإ حسبان الدية تعويضا لهذا التشابه القوي بينها وبين التعويض. إذ الدية عقوبة جنائية لا يتوقف الحكم بها على طلب الأفراد. وكذلك من التجوز حسبانها عقوبة خالصة وهي مال خالص للمجني عليه. وأفضل ما يقال في الدية أنها عقوبة وتعويض معا. فهي عقوبة، لأنها مقررة جزاء للجريمة، وإذا عفا المجني عليه عنها جاز تعزير الجاني بعقوبة تعزيرية ملائمة ولو لم تكن عقوبة لتوقف الحكم بها على طلب المجني عليه، ولما جاز عند العفو عنها أن تحل محلها عقوبة تعزيرية. وهي تعويض لأنها مال خالص للمجني عليه، ولأنه لا يجوز الحكم بها إذا تنازل المجني عليه عنها .

عقوبة الدية ذات حد واحد. فليس للقاضي أن ينقص منها شيئا أو يزيد في مقدارها. وهي إن اختلفت في شبه العمد عنها في الخطإ، واختلفت في الجراح بحسب نوع الجرح وجسامته، فإن مقدارها ثابت لكل جريمة ولكل حالة. فدية الصغير كدية الكبير، ودية الضعيف كدية القوى، ودية الوضيع كدية الشريف، ودية المحكوم كدية الحاكم. ومن المتفق عليها أن دية المرأة على النصف من دية الرجل في القتل، أما في الجراح فأبو حنيفة والشافعي[1] يريان أن ما يجب للمرأة هو نصف ما يجب للرجل بصفة مطلقة، بينما يرى مالك وأحمد[2] أن المرأة تساوى الرجل إلى ثلث الدية، فإن

---

(١) بدائع الصنائع جـ٧ ص ٣١٢ – نهاية المحتاج جـ٧ ص ٣٠٢ .

(٢) شرح الدردير جـ٤ ص ٢٤٨ – المغنى جـ ٩ ص ٥٢٣ .

﴿عوده﴾ زاد الواجب على ثلث الدية فللمرأة نصف ما يجب للرجل[١]. وهناك خلاف على دية غير المسلمين، فالبعض يسوي بين دية المسلم وغير المسلم والبعض يفرق بينهما[٢].

وقد فرقت الشريعة بين عقوبة القتل العمد وعقوبة القتل شبه العمد، فجعلتها في الأول القصاص وفي الثاني الدية المغلظة؛ لأن المجرم في القتل العمد يقصد قتل المجني عليه، أما فى شبه العمد فالمجرم لا يقصد قتل المجني عليه، ووجود هذا الفرق بينهما في الفعل يمنع من التسوية بينهما في العقوبة. وفضلا عن هذا فإنه لا يمكن تطبيق عقوبة القصاص على القتل شبه العمد؛ لأن القصاص يقتضي التماثل بين ما يفعله الجانى وما يفعل به، والجانى لم يقصد قتل المجني عليه، فإذا قتل الجانى بالمجني عليه فإن قاتل الجانى لا بد أن يقصد قتله، وهنا ينعدم التماثل، فالعدالة والمنطق هما أساس التفرقة بين عقوبة العمد وعقوبة شبه العمد .

وفرقت الشريعة بين عقوبة العمد الخالص والخطإ، فجعلتها فى حالة العمد القصاص وفى حالة الخطإ الدية المخففة، ناظرة فى ذلك إلى أن الجانى فى جرائم العمد يتعمد الجريمة ويفكر فيها ويتوسل لارتكابها بمختلف الوسائل ليحقق لنفسه أو لغيره مصلحة مادية أو معنوية. أما الجانى فى جرائم الخطإ فإنه لا يتعمد الجريمة ولا يفكر فيها وليس ثمة ما يدفعه لارتكابها، وكل ما هنالك أن إهماله أو عدم احتياطه يؤدى إلى وقوع الفعل المكون للجريمة دون أن يتجه ذهن الجانى إلى هذا الفعل بالذات. فالجريمة العمدية إذن تتكون من عنصرين : عنصر معنوى هو اتجاه المجرم النفسى للجريمة، وعنصر مادى هو الفعل المكون للجريمة. أما جريمة الخطإ فيتوافر فيها العنصر المادى فقط وينقصها العنصر المعنوى لتساوى الجريمة العمدية. والفرق بين نفسية الجانى المتعمد وبين نفسية الجانى المخطئ هو علة التفرقة فى عقوبة الجريمتين. والفرق بين النفسيتين يساوى تماما الفرق بين العقوبتين؛ لأن المجرم المتعمد إذا تجرد من العوامل النفسية التى دعته لارتكاب الجريمة أصبح مساويا للمجرم المخطئ ولم يبق إلا العنصر

---

(١) هذه القاعدة مطلقة عند أحمد، أما مالك فيَعُدُّها باتحاد الفعل واتحاد المحل. راجع شرح الدردير جـ٤ ص ٢٤٩ ومواهب الجليل جـ٦ ص ٢٦٤ -٢٦٥ .

(٢) بدائع الصنائع جـ٧ – ص ٢٥٥ – شرح الدردير جـ٤ ص ٢٣٨ – المغنى جـ٩ ص ٥٢٧ – المهذب جـ٢ ص٢١١ .

〈عوده〉 المادى للجريمة، ومن أجل ذلك سوت الشريعة بين عقوبة العمد فى حالة العفو وبين عقوبة الخطإ وجعلتها الدية فى الحالتين، فكأن العفو ينصرف إلى العنصر المعنوى في الجريمة العمدية. فإذا كان العفو عن الدية انصرف إلى العنصر المادي في الجريمتين.

ولم تعاقب الشريعة في حالة الخطإ بالقصاص؛ لانعدام الدوافع النفسية لدى الجانى، ولأنه لم يتعمد الجريمة ولم يفكر فيها. ولكن لما كانت الجريمة سببها الإهمال وعدم الحرص، ولما كان يتسبب عنها في الغالب أضرار مالية للمجني عليه أو لورثته، فقد رأت الشريعة لهذين السببين أن تكون العقوبة في أعز ما يحرص عليه الإنسان بعد النفس وهو المال، فكان جزاء عدم الحرص هو الحرمان من المال الذي يتعب الناس أنفسهم في الحصول عليه، وكان جزاء الإضرار بمال الآخرين هو الإضرار بالمال، ولا شك فى أن هذه العقوبة كافية لحمل المتهاون المهمل على أن يتمسك بأهداب الحرص واليقظة .

ويتضح مما سبق أن الدية عقوبة مشتركة بين العمد الذي لا قصاص فيه وبين شبه العمد وبين الخطإ، ولكن مقدار الدية ليس واحدا في هذه الحالات الثلاث، فدية العمد وشبه العمد واحدة وهي الدية المغلظة، ودية الخطإ هي الدية المخففة .

والأصل أن الدية بصفة عامة مائة من الإبل، والتغليظ والتخفيف لا دخل له في العدد، وإنما يكون في أنواع الإبل وأسنانها .

ولفظ الدية إذا أطلق يقصد منه الدية الكاملة، وهي مائة من الإبل، سواء كانت الدية مغلظة أو مخففة، أما ما هو أقل من الدية الكاملة فيطلق عليه لفظ الأرش، فيقال أرش اليد وأرش الرجل. على أن الكثيرين يستعملون لفظ الدية فيما يجب أن يستعمل فيه لفظ الأرش.

والأرش على نوعين: أرش مقدر، وأرش غير مقدر، فالأول: هو ما حدد الشارع مقداره كأرش الإصبع واليد، والثاني هو ما لم يرد فيه نص وترك للقاضي تقديره، ويسمى هذا النوع من الأرش حكومة أو حكومة العدل .

من يحمل الدية: والقاعدة العامة أن دية العمد تجب في مال المجني عليه [الجانى] دون غيره سواء كانت الدية عن النفس أو ما دون النفس، إلا أن مالكا يستثني من هذه القاعدة أرش الجراح التي يمتنع القصاص فيها خوف تلف الجانى ككسر الفخذ

عوده والجائفة، ويرى أن العاقلة تحمل مع الجاني ما بلغ ثلث دية الجاني أو [؟] المجني عليه من هذه الجراح بشرط ألا تكون الجريمة قد ثبتت على الجاني بالاعتراف لأن العاقلة لا تحمل اعترافا[1].

ولكن الفقهاء اختلفوا فيمن يحمل الدية إذا كان الجاني صغيرا أو مجنونا، فرأى مالك وأبو حنيفة وأحمد أن الدية الواجبة على الصغير والمجنون تحملها العاقلة ولو تعمد الفعل؛ لأنهم يرون أن عمد الصغير والمجنون خطأ لا عمد، إذ لا يمكن أن يكون لهما قصد صحيح فألحق عمدهما بالخطإ[2]. وفي مذهب الشافعي رأيان، أحدهما وهو المرجوح يتفق مع الرأي السابق، والثاني هو الراجح[3] يرى أن عمد الصغير والمجنون عمد؛ لأنه يجوز تأديبهما على القتل العمد وإن كان لا يمكن القصاص منهما، فكان عمدهما عمدا كالبالغ العاقل وعلى هذا تجب الدية في مالهما.

ويختلف الفقهاء في حكم شبه العمد[4] والخطإ، فيرى مالك أن العاقلة تحمل ما يبلغ ثلث دية المجني عليه أو الجاني [؟]، فما كان دون الثلث فهو على الجاني وحده[5]. ويرى أحمد أن الجاني يحمل ما دون ثلث الدية الكاملة فإن بلغ الثلث أو زاد عليه حملته العاقلة[6]. ويرى أبو حنيفة أن الجاني يحمل ما دون نصف عشر الدية الكاملة وما زاد على ذلك تحمله العاقلة[7]، ويرى الشافعي أن العاقلة تحمل الجميع ما قل أو كثر؛ لأن من ألزم بالكثير ألزم بالقليل من باب أولى[8].

وإذا حملت العاقلة الدية فيرى مالك وأبو حنيفة أن يتحمل الجاني من الدية ما يحمله أحد أفراد العاقلة، أما الشافعي وأحمد فيريان ألا يحمل الجاني شيئا مع العاقلة.

العاقلة : هي من يحمل العقل. والعقل هو الدية وسميت عقلا؛ لأنها تعقل لسان ولي المقتول، وقيل: إنها سميت العاقلة؛ لأنهم يمنعون عن القاتل فالعقل على هذا هو المنع.

---

(١) شرح الدردير جـ٤ص ٢٥٠- بدائع جـ٧ص٢٥٥- المغنى جـ٩ص ٤٨٨- المهذب جـ٢ ص ٢٠٩.

(٢) شرح الدردير جـ ٤ ص ٢١٠ – البحر الرائق جـ٨ ص ٣٤١ – المغنى جـ٩ ص ٥٠٤ .

(٣) المهذب جـ٢ ص ٢١٠ .

(٤) يلاحظ أن مالكا لا يعترف بشبه العمد، والفعل – طبقا لمشهور مذهبه – إما أن يكون عمدا وإما أن يكون خطأ، ولا وسط بينهما .

(٥) مواهب الجليل جـ٦ ص ٢٦٥ .

(٦) المغنى جـ٩ ص ٥٠٥، ٥٠٦ .

(٧) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٥٥ .

(٨) المهذب جـ٢ ص ٢٢٧ .

﴿عوده﴾ وعاقلة القاتل هم عصبته، فلا يدخل في العاقلة الإخوة لأم ولا الزوج ولا سائر ذوي الأرحام .

ويدخل في العصبة سائر العصبات مهما بعدوا؛ لأنهم عصبة يرثون المال إذا لم يكن وارث أقرب منهم، ولا يشترط أن يكونوا وارثين في الحال، بل متى كانوا يرثون لولا الحجب عقلوا .

ولا تكلف العاقلة من المال ما يجحف بها ويشق عليها؛ لأنه لزمها من غير جناية على سبيل المواساة للجاني والتخفيف عنه، فلا يخفف عن الجاني بما يشق على غيره ويجحف به. ولو كان الإجحاف مشروعا كان الجاني أحق به؛ لأنه موجب جنايته وجزاء فعله، فإن لم يشرع في حقه ففي حق غيره أولى .

واختلف الفقهاء في مقدار ما يحمله كل فرد، فقال مالك وأحمد يترك الأمر للحاكم يفرض على كل واحد ما يسهل عليه ولا يؤذيه، . وفي مذهب مالك رأي بفرض دينار على كل شخص، وفي مذهب أحمد رأي آخر بفرض نصف مثقال على الموسر وربع مثقال على متوسط الحال، وهو مذهب الشافعي . ويرى أبو حنيفة ألا يزيد ما يؤخذ من الفرد على ثلاثة دراهم أو أربعة، كما يرى التسوية بين الغني ومتوسط الحال[1] .

وليس على الفقير ولا على المرأة ولا على الصبي ولا على زائل العقل شيء من الدية؛ لأن تحميل الفقير إجحاف به؛ ولأن المرأة والصبي والمجنون ليسوا من أهل النصرة، ولكن هؤلاء إذا كانوا جناة يعقل عنهم .

وإذا لم يكن للجاني عاقلة أصلا، أو كانت له عاقلة فقيرة أو عددها صغير لا يتحمل كل الدية، فهناك رأيان : الأول ويرى أصحابه أن يقوم بيت المال مقام العاقلة، فإذا لم تكن عاقلة أو كانت عاقلة ولكنها فقيرة أخذت الدية كلها من بيت المال، وإن كانت عاقلة لا تحمل كل الدية أخذ باقيها من بيت المال . وهذا الرأي هو مذهب مالك والشافعي وظاهر مذهب أبي حنيفة، ومذهب أحمد الثاني : ويرى أصحابه أن الدية تجب في مال القاتل؛ لأن الأصل أن القاتل هو المسئول عن الدية،

---

(١) بدائع الصنائع جـ٧ ص ٢٥٦ – المغني جـ٩ ص ٥٢٠ – مواهب الجليل جـ٦ ص٢٦٧ – المهذب جـ٢ ص٢٣٠.

<عوده> وإنما حملتها العاقلة للتناصر والتخفيف، فإذا لم تكن عاقلة يرد الأمر لأصله وهذا الرأي رواية عن أبي حنيفة لمحمد ويقول به بعض الحنابلة(1) .

علة تحميل العاقلة الدية : وتحميل الدية للعاقلة معناه أن آخرين غير الجاني يحملون وزر جريمته، وهو استثناء من القاعدة الشرعية العامة: ﴿ألاَّ تَزِرُ وازرة وزْر أخرى﴾ [النجم:٣٨]. إلا أن ظروف الجناة والمجني عليهم هي التي سوغت هذا الاستثناء وجعلت الأخذ به لازما لتحقيق العدالة والمساواة، ولضمان الحصول على الحقوق ويمكن تسويغ هذا الاستثناء بالمسوِّغات الآتية :

١- لو أخذنا بالقاعدة العامة فتحمل كل مخطئ وزر عمله لكانت النتيجة أن تنفذ العقوبة على الأغنياء وهم قلة، ولامتنع تنفيذها على الفقراء وهم الكثرة. ويتبع هذا أن يحصل المجني عليه أو وليه على الدية كاملة إن كان الجانى غنيا، وعلى بعضها إن كان متوسط الحال، أما إذا كان الجانى فقيرا وهو كذلك في أغلب الأحوال فلا يحصل المجني عليه من الدية على شيء، وهكذا تنعدم العدالة والمساواة بين الجناة، كما تنعدم بين المجني عليهم، فكان ترك القاعدة العامة إلى هذا الاستثناء واجبا لتحقيق العدالة والمساواة .

٢ – أن الدية وإن كانت عقوبة، إلا أنها حق مالي للمجني عليه أو وليه، وقد روعي في تقديرها أن تكون تعويضا عادلا عن الجريمة، فلو أخذ بالقاعدة العامة وتحمل المتهم وحده بالدية لما أمكن أن يصل معظم المجني عليهم إلى الدية التي يحكم بها؛ لأن مقدار الدية أكبر عادة من ثروة الفرد، إذ الدية الكاملة مائة من الإبل تقدر بألف دينار، ولا شك فى أن ثروة الفرد الواحد في أغلب الأحوال أقل بكثير من مقدار لدية واحدة، فلو طبقنا القاعدة العامة وتحمل الجانى وحده وزر عمله لكان ذلك مانعا من حصول المجني عليهم على حقوقهم، فكان ترك القاعدة إلى هذا الاستثناء هو الضمان الوحيد الذي يضمن وصول الحقوق المقررة إلى أربابها .

ويلاحظ أن المجني عليهم في جرائم العمد لا يتعرضون لمثل هذه الحالة؛ لأن العقوبة الأصلية هي القصاص ولا تستبدل بها الدية إلا إذا عفى المجني عليه أو وليه عن القصاص، ولن يعفو أحدهم عن القصاص إلا إذا كان ضامنا الحصول على الدية،

---

(1) مواهب الجليل جـ٦ ص ٢٦٦ – بدائع الصنائع جـ٧ ص ٢٥٦ – المغنى جـ٩ ص ٥٢٤ – المهذب جـ٢ ص٢٢٨ .

<عوده> فإذا عفا أحدهم عن القصاص وقبل الدية ولم يكن مال الجانى كافيا لسداد الدية فذلك هو اختيار المجني عليه أو وليه وليس لأحدهما أن يتضرر من هذا الوضع الذى وضع فيه نفسه.

٣- أن العاقلة تحمل الدية في جرائم الخطإ أو في شبه العمد وهو ملحق بالخطإ، وأساس جرائم الخطإ هو الإهمال وعدم الاحتياط، وهذان سببهما سوء التوجيه وسوء التربية غالبا، والمسئول عن تربية الفرد وتوجيهه هم المتصلون به بصلة الدم، كما أن الفرد ينقل دائما عن أسرته ويتشبه بأقاربه، فكان الإهمال وعدم الاحتياط هو في الغالب ميراث الأسرة. ولما كانت الأسرة تأخذ عن البيئة والجماعة فيكون الإهمال وعدم الاحتياط في النهاية ميراث الجماعة، فوجب لهذا أن تتحمل أولا عاقلة الجانى نتيجة خطئه، وأن تتحمل الجماعة أخيرا هذا الخطأ كلما عجزت العاقلة عن حمله .

ويمكننا أن نقول أيضا : إن الإهمال وعدم الاحتياط هو نتيجة الشعور بالعزة والقوة، وإن هذا الشعور يتولد من الاتصال بالأسرة ومن الاتصال بالجماعة. فالمشاهد أن من لا أسرة له يكون أكثر احتياطا ويقظة ممن له أسرة، وأن المنتمين للأقليات يكونون أكثر حرصا من المنتمين للأكثريات . فوجب لهذا أن تتحمل العاقلة والجماعة نتيجة الخطأ ما دام أنهما هما المصدر الأول للإهمال وعدم الاحتياط .

٤- أن نظام الأسرة ونظام الجماعة يقوم كلاهما بطبيعته على التناصر والتعاون ومن واجب الفرد في كل أسرة أن يناصر باقي أفراد الأسرة ويتعاون معهم، وكذلك واجب الفرد في كل جماعة. وتحميل العاقلة أولا والجماعة ثانيا نتيجة خطإ الجانى يحقق التعاون والتناصر تحقيقا تاما، بل إنه يجدده ويؤكده في كل وقت. فكلما وقعت جريمة من الجرائم الخطإ اتصل الجانى بعاقلته واتصلت العاقلة بعضها ببعض وتعاونوا على جمع الدية وإخراجها من أموالهم. ولما كانت جرائم الخطإ تقع كل يوم. فمعنى ذلك أن الاتصال والتعاون والتناصر بين الأفراد ثم الجماعة كل أولئك يظل متجددا مستمرا .

٥- أن الحكم بالدية على الجانى وعلى عاقلته فيه تخفيف عن الجناة ورحمة بهم، وليس فيه غبن ولا ظلم لغيرهم؛ لأن الجانى الذي تحمل عنه العاقلة اليوم دية جريمته ملزم بأن يتحمل غدا بنصيب من الدية المقررة لجريمة غيره من أفراد العاقلة، وما دام كل إنسان معرضا للخطإ فسيأتي اليوم الذي يكون فيه ما حمله فرد بعينه عن غيره مساويا لما تحمله هذا الغير عنه .

عوده ٦ - أن القاعدة الأساسية في الشريعة هي حياطة الدماء وصيانتها وعدم إهدارها، والدية مقررة بدلا من الدم وصيانة له عن الإهدار، فلو تحمل كل جان وحده بالدية التي تجب بجريمته وكان عاجزا عن أدائها، لأهدر بذلك دم المجني عليه، فكان الخروج عن القاعدة العامة إلى الاستثناء واجبا حتى لا تذهب الدماء هدرا دون مقابل .

هذه هي أهم المبررات التي دعت إلى الخروج على القاعدة العامة، ولعل هذا الاستثناء هو في الشريعة الإسلامية الاستثناء الوحيد لقاعدة {ألاَّ تزر وازرة وزر أخرى} أو لقاعدة تفريد العقاب كما تسميها النظريات القانونية الحديثة، وقد أخذت الشريعة بهذا الاستثناء؛ لأنه يحقق الرحمة والمساواة والعدالة ويمنع إهدار الدماء ويضمن الحصول على الحقوق [1].

هل يمكن الأخذ بنظام العاقلة اليوم؟ : ونظام العاقلة على ما فيه من عدالة وتسوية بين الجناة والمجني عليهم لا يمكن أن يقوم في عهدنا الحاضر، لأن أساسه وجود العاقلة، ولا شك فى أن العاقلة ليس لها وجود اليوم إلا في النادر الذى لا حكم له، وإذا وجدت فإن عدد أفرادها قليل لا يتحمل أن تفرض عليه كل الدية. ولقد كان للعاقلة وجود طالما احتفظ الناس بأنسابهم وقراباتهم وانتموا إلى قبائلهم وأصولهم، أما الآن فلا شيء من هذا في أغلب البلاد والأقطار، وإذن فلا محيص من الأخذ بأحد الرأيين الذين أخذ بهما الفقهاء من قبل، فإما الرجوع على الجاني بكل الدية، وإما الرجوع على بيت المال.

والرجوع على الجاني يؤدي إلى إهدار دماء أكثر المجني عليهم؛ لأن أكثر الجناة فقراء وهذا لا يتفق مع أغراض الشريعة التي تقوم على حفظ الدماء وحياطتها، كما أن الرجوع على الجاني يؤدي إلى انعدام العدالة والمساواة .

والرجوع على بيت المال يرهق الخزانة العامة، ولكنه يحقق العدالة والمساواة، ويصون الدماء، ويحقق أغراض الشريعة، وإذن فيجب ألا يكون الخوف من إرهاق الخزانة مانعا من العدالة والمساواة، وحائلا دون تحقيق أغراض الشريعة، فالحكومة تستطيع أن تفرض ضريبة عامة تخصص دخلها لهذا النوع من التعويض، وتستطيع أن تخصص الغرامات التي يحكم بها على المتقاضين لهذا الغرض. وإذا كانت الحكومات العصرية تلزم نفسها بإعالة الفقراء والعاطلين فأولى أن تلزم نفسها بتعويض المجني عليهم وورثتهم المنكوبين .

---

(١) راجع الفقرة ٢٨١ .

〈عوده〉 ولقد أخذت بعض الدول الأوربية بهذه الفكرة كألمانيا وإيطاليا ويوغوسلافيا فأنشأت خزانة خاصة تسمى خزانة الغرامات إيرادها المبالغ المتحصلة من الغرامات التي تحكم بها المحاكم، وخصص إيراد هذه الخزانة لتعويض المجني عليهم في الجرائم بشرط أن تكون أموال الجانى لا تكفي للتعويض[1] .

وهذا الذي أخذت به بعض البلاد الأوربية هو جزء من نظام العاقلة أخذت به هذه البلاد لتحقق بعض الأغراض التي ترمي الشريعة لتحقيقها، وإذا كان نظام العاقلة يقوم على هذا الوجه فى البلاد الأوربية فأولى بنا وهو نظامنا الأصيل أن نقيمه بيننا على الوجه الذي يحقق أغراض الشريعة ويلائم ظروفنا.

---

(١) الموسوعة الجنائية جـ٥ ص١٢٤ .

❁ 472 – الدية جزاء مدنى :

الدية هى مبلغ من المال قرر الشارع إلزام الجانى بأن يدفعه للمجنى عليه أو لورثته إن كان قد مات .

وهى جزاء جنائى، لكنها أشبه بالتعويض لأنها حق للمجنى عليه أو ورثته، ولهم التنازل عنه، وهذا هو ما يجعلها ذات طابع مدنى، وبهذا تختلف عن "الغرامة" التى تدفع لبيت المال وهى عقوبة خالصة لذلك .

وهى مقدرة شرعا، ومع ذلك فإننا قلنا من قبل بأن هذا لا يمنع القاضى من الحكم بتعويض مدنى إضافى، ويكون التعويض حقا مدنيا بحتا لا يدخل ضمن الدية ولا يُعَدّ جزاء جنائيا مثلها. ولذلك قال إن الدية كعقوبة تكون ذات حد واحد لكنه يختلف بحسب نوع الجريمة، ونوع الجرح الذى أصاب المجنى عليه وجسامته، لكنها لا تختلف لأسباب شخصية فى المجنى عليه، لذلك قال إن دية الصغير مثل الكبير، ودية الغنى مثل الفقير، والقوى مثل الضعيف. ونحن لا نوافق على الرأى القائل بأن دية المرأة أقل من دية الرجل ولا أن دية غير المسلم غير دية المسلم ونفضل الرأى الذى يرى الالتزام بمبدإ المساواة الإنسانية وهو مبدأ أصيل فى شريعتنا .

وقد أفاض فى بيان سبب التفرقة بين عقوبة القتل العمد وشبه العمد والخطإ، وذلك بنصوص صريحة فى الكتاب أو السنة، كما بين مقدارها من الإبل، وإن كان يجب تحويله إلى نقود فى العصر الحاضر .

كما أفاض فى بيان الحالات التى يلتزم فيها عصبة الجانى معه فى دفع الدية ومقدار ما يلتزم به كل منهم، واختلافات الفقهاء فى ذلك سببها أن لهذا الالتزام هدفين أولهما لمصلحة الجانى بمشاركة أقاربه فى تحمل هذا العبء المالى، وثانيهما وهو الأهم فى نظرنا هو مصلحة المجنى عليه لضمان حصوله على الدية من "العاقلة" فى حالة عجز الجانى أو فقره، ونحن نعطى لهذا الهدف الأولوية ولذلك نرى أن يكون لبيت المال دور العاقلة فى العصر الحاضر والمستقبل، وحبذا لو أنشىء صندوق مستقل لضمان حقوق المجنى عليهم جميعا فى التعويض كما يقترح فقيهنا.

<عوده> ٤٧٣ - (ثالثاً) - الكفارة :- الأصل في الكفارة قوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلّمة إلى أهله إلا أن يصّدّقوا فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلّمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبةً من الله﴾ [النساء:٩٢].

والكفارة عقوبة أصلية وهي عتق رقبة مؤمنة، فمن لم يجدها أو يجد قيمتها يتصدق بها فعليه صيام شهرين متتابعين، فالصوم عقوبة بدلية لا تكون إلا إذا امتنع تنفيذ العقوبة الأصلية .

وظاهر النص أن الكفارة شرعت فى القتل الخطإ، ومن المتفق عليه أنها واجبة فى القتل الخطإ وكذلك شبه العمد؛ لأنه يشبه الخطأ من وجه إذ الجانى لا يقصد قتل المجني عليه .

ولكن الفقهاء اختلفوا في وجوب الكفارة في القتل العمد، فيرى الشافعي أنها تجب فى القتل العمد؛ لأنها إذا وجبت في القتل الخطإ مع عدم المأثم فلأن تجب في العمد وقد تغلظ بالإثم أولى[١]. ولأحمد رأى يتفق مع رأى الشافعي ولكن المشهور في المذهب ألا كفارة في القتل العمد؛ لأن نص القتل العمد؛ جاء خلوا من الكفارة[٢]. ويرى أبو حنيفة ألا كفارة في القتل العمد؛ لأن الكفارة من العقوبات المقدرة فلا بد من النص عليها[٣]، ولا يوجب مالك الكفارة في القتل العمد ولكنه يراها مندوبا إليها في العمد الذي لم يقتص فيه سواء كان عدم القصاص راجعا لمانع شرعي أو للعفو[٤].

ولا يفرق مالك والشافعي وأحمد في القتل الذي تجب فيه الكفارة بين أن يكون القتل مباشرا أو بالتسبب، لكن أبا حنيفة يرى ألا كفارة في القتل بالتسبب أيا كان نوعه أي : ولو كان خطأ[٥] .

---

(١) المهذب جـ٢ص ٣٣٤ .

(٢) المغنى جـ١٠ ص ٤٠ .

(٣) البحر الرائق جـ٨ ص ٢٩١ .

(٤) مواهب الجليل جـ٦ ص ٢٦٨ .

(٥) شرح الدردير جـ٤ ص ٢٥٤ - البحر الرائق جـ٨ ص ٢٩٣- المغنى جـ١٠ ص ٣٧ - المهذب جـ٢ص ٢٣٤.

<عوده> على من تجب الكفارة؟ – تجب الكفارة عند الشافعي وأحمد على القاتل أيا كان بالغا أو غير بالغ، عاقلا أو مجنونا مسلما أو غير مسلم[1]، ويرى مالك أنها تجب على الصبي والبالغ والعاقل والمجنون ولكنها لا تجب إلا على مسلم؛ لأنها تعبدية[2]، ويرى أبو حنيفة أنها لا تجب إلا على بالغ مسلم؛ لأن الصبي والمجنون لا يخاطَب كلاهما بالشرائع أصلا؛ ولأن غير المسلم لا يلزم بما هو عبادة، والكفارة وإن كانت عقوبة إلا أنها في نفس الوقت عبادة[3] .

وحجة الشافعي وأحمد بأن الكفارة عقوبة مالية، والمجنون والصغير وإن لم يسألا عن فعلهما من الناحية الجنائية فإنهما ضامنان له من الناحية المالية، وأما غير المسلم فهو ملزم بالكفارة لعموم النص .

الصيام: والصيام عقوبة بدلية لعقوبة الكفارة الأصلية وهي العتق، ولا يجب الصيام إلا إذا لم يجد القاتل الرقبة أو قيمتها فاضلة عن حاجتها، فإن وجدها فلا يجب الصيام عليه .

---

(1) المغني جـ١٠ ص٣٨ – نهاية المحتاج جـ٧ ص ٣٦٤ – ٣٦٥ .

(2) شرح الدردير جـ٤ ص ٢٥٤ – مواهب الجليل جـ٦ ص ٢٨٦ .

(3) بدائع الصنائع جـ٧ ص ٢٥٢ .

۞ 473 – الكفارات جزاءات "دينية" :

إذا كنا قد وصفنا الدية بأنها جزاء مدنى، فإن الكفارة جزاء دينى، وهذه صفة تستفاد من الجزاء الأصلى الأول حسب نص الآية "92" من سورة النساء وهو تحرير رقبة، يليه صيام شهرين. وإذا كان الصيام عبادة نَعُدُّها ذات طابع دينى بحت، فإن عتق رقبة هو خدمة اجتماعية وإنسانية وقد جعلها الله (ديننا وشريعتنا) مقدمة على الصيام. ليس معنى ذلك أنها ليست عبادة، بل إن العبادة فى شريعتنا تشمل أيضا وفى المقدمة الخدمات الإنسانية التطوعية مثل تحرير الرقبة .

وهذا النص القرآنى دليل واضح على أن شريعتنا تَعُدّ تحرير الرقيق أول الواجبات الدينية، بل عبادة من العبادات، ونحن نؤيد رأى الشافعى القائل بأن الكفارة واجبة فى القتل العمد من باب أولى، كما أننا نؤيد القول بأنها واجبة فى القتل بالتسبب كما هى واجبة فى القتل بالمباشرة .

ثم إننا نؤيد وجوبها على جميع الخاطئين سواء كان الجانى بالغا أو غير بالغ، عاقلا أو غير عاقل، مسلما أو غير مسلم. ولا نؤيد قول الفقهاء الذين يفرقون بين المسلم وغير المسلم أو بين البالغ والعاقل والصبى والمجنون .

قد سبق أن قلنا إننا نؤيد ما ذهب إليه الخوارج من أن الخطأ لا يُعَدّ جريمة لأن النبى ﷺ قال إنه رفع عن أمته الخطأ والنسيان .

وهذا هو المسوِّغ فى أن الجزاءات المترتبة على الخطإ هى فى الأصل واجبات إنسانية واجتماعية وعبادة. لأن المقصود هو التكفير عن التسبب فى ضرر للغير ولو كان هذا التسبب لا يكون جريمة من الناحية الشرعية.

<عوده> ٤٧٤ـ *رابعا : الحرمان من الميراث* : الحرمان من الميراث عقوبة تبعية تصيب القاتل تبعا للحكم عليه بعقوبة القتل، والأصل في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام : "ليس للقاتل شيء من الميراث" وقوله : "ليس للقاتل ميراث بعد صاحب البقرة".

وقد اختلف الفقهاء اختلافا كبيرا في الحرمان من الميراث بحيث لا يتفق مذهبان في هذه المسألة .

فمالك يرى أن القتل المانع من الميراث هو القتل العمد العدوان، سواء كان القتل مباشرا أو تسببا، وسواء اقتص من القاتل أو درئ عنه القصاص لسبب ما. أما القتل الخطأ فلا يحرم القاتل من الميراث وإنما يحرمه فقط من الدية التي وجبت بالقتل[1]، والرأي الراجح في المذهب يقضي بحرمان الصغير والمجنون من الميراث .

وأبو حنيفة يرى حرمان القاتل من الميراث أيا كان نوع القتل بشرط أن يكون القتل مباشرة لا تسببا، وأن يكون عدوانا، وألا يكون من صغير ولا مجنون[2] .

واختلف أصحاب الشافعي، فمنهم من فرق بين القتل المضمون وبين القتل غير المضمون، ورأى الحرمان من الميراث إذا كان القتل مضمونا؛ لأنه قتل بغير حق، أما القتل غير المضمون فلا يمنع من الميراث؛ لأنه قتل بحق. ومنهم من قال إن كان متهما باستعجال الميراث حرم من الميراث، كما في القتل الخطأ*، وكما لو حكم حاكم على مورثه في جريمة الزنا على أساس البينة فإنه يحرم؛ لأنه متهم في قتله باستعجال الميراث وإن لم يكن متهما باستعجال الميراث فلا حرمان كما لو حكم عليه في الزنا بإقراره .

والرأي الراجح في المذهب غير هذين وهو أن القاتل يحرم الإرث في كل حال سواء كان القتل عمدا أو شبه عمد أو خطأ، وسواء كان مباشرة أو تسببا وسواء كان القتل بحق أو بغير حق، وسواء كان القاتل بالغا عاقلا أو صغيرا أو مجنونا. وأصحاب هذا الرأي يرون أن الحرمان من الميراث قصد به سد الذرائع ومنع الوارث من استعجال الميراث[3] .

---

(١) شرح الدردير جـ٤ ص ٤٣٢ - مواهب الجليل جـ٦ ص ٤٢٢ .

(٢) البحر الرائق جـ٨ ص ٤٨٨ - ٥٠٠ .

(٣) المهذب جـ٢ ص ٢٦ .

* نعتقد أن هذا المثال لا محل له هنا .

⟨عوده⟩ ويرى أحمد أن القتل المضمون هو القتل المانع من الإرث، أما غير المضمون فلا يمنع الميراث كالقتل دفاعا عن النفس والقتل قصاصا. ويعللون حرمان الصبي والمجنون من الميراث في مذهب أحمد؛ بأن ما فعله أحدهما هو فعل محرم لكنه لم يعاقب عليه بعقوبة الحد لقصور أهليته، وامتناع القصاص لقصور الأهلية لا يمنع من حرمان الجاني من الميراث، بل إن الاحتياط يقتضي المنع من الميراث صونا للدماء (١).

٤٧٥ *الحرمان من الوصية* : الحرمان من الوصية عقوبة تبعية، والأصل فيها قول الرسول ﷺ : "لا وصية لقاتل"، وقوله : "ليس لقاتل شيء". وذكر الشيء نكرة في محل النفي يعم الميراث والوصية جميعا .

وقد اختلف الفقهاء في تفسير هذين النصين وتطبيقهما :

ففي مذهب مالك يفرقون بين القتل العمد والقتل الخطإ، ويتفقون على أن القتل الخطأ لا يصلح سببا للحرمان من الوصية، فالقاتل خطأ تصح الوصية له في المال ولو لم يكن المقتول عالما بأنه هو قاتله فإن علم بأنه قاتله وأوصى له صحت الوصية في المال وفي الدية. ولكنهم اختلفوا في القتل العمد، فرأى البعض أن الوصية لا تصح إذا كان المقتول لا يعلم أن الموصى له قاتله، فإن علم أنه قاتله وأوصى له بعد الجناية فالوصية تصح في المال ولا تصح في الدية؛ لأن الدية مال لم يجب إلا بالموت، وعلى هذا إذا كانت الوصية قبل الجريمة فإنها تبطل بارتكاب جريمة القتل العمد إلا إذا رأى المقتول البقاء على الوصية . ورأى البعض الآخر أن الوصية تصح للقاتل عمدا سواء علم الموصي بأنه قاتله أو لم يعلم، ويستوي عند أصحاب هذا الرأي أن تكون الوصية قبل القتل أو بعده فهي صحيحة في الحالين (٢).

ويرى أبو حنيفة حرمان القاتل من الوصية أيا كان نوع القتل بشرط أن يكون القتل مباشرا، وأن يكون عدوانا وأن يكون من بالغ عاقل، ويرى أبو حنيفة أن الوصية تصح إذا أجازها الورثة، ويرى أبو يوسف أنها لا تصح ولو أجازها الورثة، لأن المانع من الوصية هو القتل لا مصلحة الورثة(٣) .

---

(١) الإقناع جـ٣ ص ١٢٣ – مجلة القانون والاقتصاد س٦ ص٥٨٦ .

(٢) مواهب الجليل جـ٦ ص ٣٨٦ – شرح الدردير جـ٤ ص ٣٧٩ .

(٣) بدائع الصنائع جـ٧ ص ٣٣٩، ٣٤٠ .

عوده وفي مذهبي الشافعي وأحمد نظريتان :

الأولى : ويرى أصحابها أن الوصية لا تصح لقاتل، وأصحاب هذه النظرية ينقسمون بعد ذلك إلى فريقين : فريق يرى أن الوصية لا تصح ولو أجازها الورثة؛ لأن المانع من الوصية هو القتل لا مصلحة الورثة فإجازة الورثة تكون هبة مبتدأة ينبغي أن تتوافر فيها شروط الهبة، وفريق يرى أن الوصية تصح بإجازة الورثة .

الثانية: يرى أصحابها أن الوصية للقاتل صحيحة في كل حال دون حاجة لإجازة الورثة[1].

---

(١) المهذب جـ١ ص٤٥٧ – الإقناع جـ٣ ص ٥٩ – الشرح الكبير جـ٩ ص ٤٢٤، ٤٢٥.

❁ 474 ، 475 – الحرمان من الميراث والوصية :

لقد أفاض فى بيان أقوال الفقهاء المختلفة بشأن هذا الجزاء. والذى يهمنا أننا نَعُدّ هذا الجزاء يجمع بين الطابع المدنى والدينى معا وسبب الخلافات بشأنها هو هذه الازدواجية فى طبيعتها .

وعلى العموم فإن هذا الجزاء مثل جميع الجزاءات المدنية أو الدينية لا يصح فى نظرنا وصفها بأنها عقوبات، لأن الهدف الأول منها هو دفع الجانى إلى التوبة عن طريق إلزامه بعبادة معينة أو أداء خدمة إنسانية أو اجتماعية أو خسارة إرث أو وصية.

وإذا كانت مثل هذه الالتزامات هى عبء على الجانى قد يؤلمه أو قد يثقل كاهله بالتزام دينى أو اجتماعى أو مدنى، إلا أن الغرض الأساسى من هذا العبء هو إصلاح الفرد وإصلاح المجتمع الذى يكون صالحا كلما كان أفراده أكثر صلاحا واستقامة .

الفصل الثالث
في عقوبات الكفارات

عوده ٤٧٦ـ *الكفارة* : هي العقوبة المقررة على المعصية بقصد التكفير عن إتيانها. والكفارة في الأصل نوع من العبادة؛ لأنها عبارة عن عتق رقبة أو إطعام مساكين أو صوم، فإذا فرضت على عمل لا تُعَدُّ معصية. فهى عبادة خالصة كالإطعام بدلا من الصوم لمن لا يطيق الصوم، وإذا فرضت على ما يُعَدّ معصية، فهي عقوبة جنائية خالصة كالكفارة فى القتل الخطإ؛ ولأن الكفارة دائرة بين العبادة والعقوبة نستطيع أن نسميها عقوبة تعبدية .

والكفارات عقوبات مقدرة حدد الشارع أنواعها وبين مقاديرها، ومن أجل هذا فهي لا تجب إلا فيما أوجبها فيه الشارع بنص صريح .

والجرائم التي يحكم فيها بالكفارة محدودة، وهى : (١) إفساد الصيام.
(٢) إفساد الإحرام. (٣) الحنث فى اليمين. (٤) الوطء فى الحيض.
(٥) الوطء فى الظهار. (٦) القتل.

والكفارة الواجبة فى كل هذه الجرائم ليست واحدة، وهي تختلف فى نوعها ومقدارها وطريقة أدائها باختلاف الجريمة.

وعقوبة الكفارة قد تصحبها عقوبة مقدرة أخرى كما هو الحال في القتل الخطإ فعقوبته الدية والكفارة معا وكلاهما عقوبة مقدرة، وقد تصحب الكفارة عقوبة غير مقدرة أي عقوبة تعزيرية كما هو الحال في الظهار(١).

والكفارات التي فرضتها الشريعة عقوبات جنائية هى: العتق، والإطعام، والكسوة، والصيام.

أولا: العتق: المقصود به عتق رقبة أى تحرير أحد الأرقاء، ويشترط فى الرقيق المعتق شروطا خاصة لا محل لذكرها هنا، كما يشترط لعتق الرقبة أن تكون فاضلة عن حاجة المعتق، فإن لم يجد الرقبة ووجد قيمتها فاضلة عن حاجته تصدق بقيمتها .

واليوم وقد بطل الرق فى العالم كله تقريبا يجب على من وجب عليه عتق رقبة أن يتصدق بقيمتها إن وجد قيمتها فاضلة عن حاجته .

---

(١) تبصرة الحكام جـ٢ ص٢٥٩ – المقدمات لابن رشد جـ٢ ص١٥١ – أسنى المطالب جـ٤ ص١٦٢.

<عوده> ثانيا: الإطعام: المقصود بالإطعام إطعام المساكين، وكفارة الإطعام تختلف باختلاف الجرائم فقد تكون الكفارة إطعام عشرة مساكين كما في كفارة اليمين، وقد تكون إطعام ستين مسكينا كما هو الحال فى إفساد الصوم .

ويجزئ فى الإطعام أن يكون من أوسط ما يطعم المطعم أهله، وأن يكون مرة واحدة.

ثالثا: الكسوة: الكسوة لا تدخل فى غير كفارة اليمين حيث لم ينص عليها إلا فى كفارة اليمين، ولا يجزئ في الكفارة أقل من كسوة عشرة مساكين لقوله تعالى: ﴿فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم﴾ [المائدة: ٨٩].

رابعا: الصيام : والمقصود صيام الجاني، والصوم لا يكون عادة إلا فى حالة العجز عن الكفارات الأخرى، وتختلف مدة الصيام باختلاف الجريمة التي يكفر عنها، فقد يكون ثلاثة أيام كما فى كفارة اليمين أو صوم شهرين كما فى القتل الخطإ .

ومن المسلم به أن الصيام لا يجوز إلا فى حق المسلم، أما غير المسلم فلا يطلب منه التكفير بالصيام؛ لأن الصوم عبادة لا يلزم بها غير المسلم .

❁ 476 – الكفارات ليست محصورة فى جرائم معينة :

تكلمنا عن الكفارة فى حاشيتنا على البند 473، ولكنه أضاف الآن بعض التفصيلات يهمنا فيها ما يأتى :

1 – أنه وصف الكفارات بأنها عقوبة مقدرة لا تجب إلا فيما أوجبها فيه الشارع بنص صريح، وهذا يكون فقط فى جرائم القصاص والدية، أما فى التعازير فهى جائزة دائما كلما وجد القاضى أو المقنن أنها تلائم شخصية الجانى وفعله. ونحن نصفها بأنها جزاءات تربوية أو تعبدية ولا نقر وصفه لها بأنها عقوبات .

2 – أن ما سماه بالجرائم التى يحكم فيها بالكفارة لا يصح فى نظرنا وصفها بأنها جرائم، بل هى فى الأصل معاص دينية فقط حتى ولو تقرر فى التقنين (الفقهى) وجوب التعزير عليها فإنها بذلك تكون مستحقة للتعزير التربوى والتهذيبى والإصلاحى (لا العقاب) .

لقد أفاض فى الكلام عن أهم الكفارات التى ورد بها نص شرعى وهى العتق وإطعام الفقراء أو كسوهم أو الصيام .

وكل ما قاله بشأنها يؤيد قولنا بأنها ليست عقوبات وأنها تدابير تهذيبية ذات صفة دينية أو عبادية .

الفصل الرابع
في عقوبات التعازير

<عوده> ٤٧٧ـ *ماهية التعزير*: التعزير هو تأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود، أي هو عقوبة على جرائم لم تضع الشريعة لأيها عقوبة مقدرة .

والتعازير هي مجموعة من العقوبات غير المقدرة تبدأ بأتفه العقوبات كالنصح والإنذار وتنتهي بأشد العقوبات كالحبس والجلد، بل قد تصل للقتل في الجرائم الخطيرة، ويترك للقاضي أن يختار من بينها العقوبة الملائمة للجريمة ولحال المجرم ونفسيته وسوابقه .

ويعاقب بالتعزير على كل الجرائم، فيما عدا جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية فلها عقوباتها الخاصة، ولا يعاقب عليها بالتعزير بحُسبان التعزير عقوبة أصلية وإنما بحُسبانه عقوبة بدلية تجب عند امتناع العقوبة الأصلية كعدم توافر شروط الحد، أو بحُسبانه عقوبة إضافية تضاف إلى العقوبة الأصلية كالتغريب في الزنا عند أبي حنيفة، وكإضافة التعزير للقصاص في الجراح عند مالك، وكإضافة أربعين جلدة على حد الخمر عند الشافعي .

وقد جرى التشريع الجنائي الإسلامي على ألا يفرض لكل جريمة من جرائم التعزير عقوبة معينة كما تفعل القوانين الوضعية؛ لأن تقييد القاضي بعقوبة معينة يمنع العقوبة أن تؤدي وظيفتها، ويجعل العقوبة غير عادلة في كثير من الأحوال؛ لأن ظروف الجرائم والمجرمين تختلف اختلافا بينا، وما قد يصلح مجرما بعينه قد يفسد مجرما آخر، وما يردع شخصا عن جريمة قد لا يردع غيره، ومن أجل هذا وضعت الشريعة لجرائم التعازير عقوبات متعددة مختلفة هي مجموعة كاملة من العقوبات تتسلسل من أتفه العقوبات إلى أشدها، وتركت للقاضي أن يختار من بينها العقوبة التي يراها كفيلة بتأديب الجاني واستصلاحه؛ وبحماية الجماعة من الإجرام. وللقاضي أن يعاقب بعقوبة واحدة أو بأكثر منها، وله أن يخفف العقوبة أو يشددها إن كانت العقوبة ذات حدين، وله أن يوقف تنفيذ العقوبة إن رأى في ذلك ما يكفي لتأديب الجاني وردعه واستصلاحه .

وليس ثمة خطر من إعطاء القاضي هذا السلطان الواسع في جرائم التعزير؛ لأنها ليست في الغالب جرائم خطيرة؛ ولأن التساهل فيها قد يصلح الجاني أكثر مما يفسده. أما الجرائم الخطيرة، وهي جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية، فقد وضعت لها

〈عوده〉 الشريعة عقوبات مقدرة، ولم تترك للقاضي أى سلطان عليها إلا تطبيق العقوبة المقررة كلما ثبتت الجريمة على الجاني .

وإذا كانت الشريعة قد عرفت عقوبات تعزيرية معينة، فليس معنى ذلك أنها لا تقبل غيرها، بل إن الشريعة تتسع لكل عقوبة تصلح الجاني وتؤدبه وتحمي الجماعة من الإجرام. والقاعدة العامة فى الشريعة أن كل عقوبة تؤدى إلى تأديب المجرم واستصلاحه وزجر غيره وحماية الجماعة من شر المجرم والجريمة هي عقوبة مشروعة .

٤٧٨ـ *الفرق بين التعازير وغيرها من العقوبات* :

هناك فروق ظاهرة تميز التعازير عن العقوبات المقررة لجرائم الحدود وجرائم القصاص والدية، وأهم هذه الفروق ما يأتي :

(١) العقوبات المقررة لجرائم الحدود وجرائم القصاص والدية هي عقوبات مقدرة معينة، فهي عقوبات لازمة ليس للقاضي أن يستبدل بها غيرها، وليس له أن ينقص منها أو يزيد فيها ولو كانت بطبيعتها ذات حدين كالجلد؛ لأن تقديرها وتعيينها يجعلها في حكم العقوبة ذات الحد الواحد .

أما التعازير، فهي عقوبات غير مقدرة، فللقاضي أن يختار من بينها العقوبة الملائمة، وهي فى الغالب ذات حدين وللقاضي أن ينزل بالعقوبة إلى حدها الأدنى أو يرتفع بها إلى الحد الأعلى. على أن من عقوبات التعازير ما هو ذو حد واحد كالتوبيخ والنصح، ولكن القاضي مع هذا غير مقيد بعقوبة بعينها إلا إذا كانت هي بالذات الملائمة للجريمة والمجرم.

(٢) العقوبات المقررة لجرائم الحدود وجرائم القصاص والدية لا تقبل العفو ولا الإسقاط من ولى الأمر، أما التعازير فتقبل العفو من ولى الأمر سواء كانت الجريمة ماسة بالجماعة أو بالأفراد .

(٣) عقوبات جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ينظر فيها إلى الجريمة ولا اعتبار فيها لشخصية المجرم، أما التعازير فينظر فيها إلى الجريمة وإلى شخص المجرم معا.

٤٧٩ـ *أنواع التعازير*: التعازير على أنواع في الشريعة، وسنذكر فيما يلي أهم ما عرفته الشريعة من التعازير ووضع فعلا موضع العمل، وعلينا ألا ننسى أن مبادئ الشريعة لا تمنع من الأخذ بأى عقوبة أخرى تحقق أغراض الشريعة من العقاب .

۞ 477 – 479 – العناية بالتعازير تبدأ بحُسبانها هي الجزاء الأصلي فى جميع الجرائم:

إن عودته للكلام عن ماهية التعازير والفرق بينها وبين الحدود وأنواعها فى جميع الجرائم يؤكد أن ما قلناه من أن التعازير تحتاج فى عصرنا الحاضر إلى مراجعة كثير من أحكامها، لأن أسلافنا فوضوها للقضاء ولم يعطوها حقها من العناية .

وأول نقطة التزمنا بها لإعطائها ما تستحق من العناية أنها هى الجزاء الأصلى فى جميع الجرائم وأن غيرها من عقوبات الحد أو القصاص لا تطبق إلا فى حالات استثنائية عندما يتوافر فى الجريمة طرف مشدد بالشروط التى بالغ فقهاؤنا فى استنباطها بقصد تضييق نطاق تطبيقها، وذلك كما أوضحنا فى تقديمنا لهذا الجزء .

وقد قلنا إن هذه العقوبات البدنية الحدية والقصاص تسقط كلها بالتوبة، ومعنى ذلك أنها مجرد عقوبات تهديدية لدفع الجانى إلى التوبة والاستقامة التى تؤدى إلى إصلاحه وتغنى عن العقاب .

عوده ٤٨٠ـ *عقوبة القتل* : الأصل في الشريعة أن التعزير للتأديب، وأنه يجوز من التعزير ما أمنت عاقبته غالبا[١]، فينبغي ألا تكون عقوبة التعزير مهلكة، ومن ثم فلا يجوز في التعزير قتل ولا قطع[٢] .

لكن الكثيرين من الفقهاء أجازوا استثناء من هذه القاعدة العامة أن يعاقب بالقتل تعزيرا إذا اقتضت المصلحة العامة تقرير عقوبة القتل، أو كان فساد المجرم لا يزول إلا بقتله، كقتل الجاسوس والداعية إلى البدعة ومعتاد الجرائم الخطيرة[٣] .

وإذا كان القتل تعزيرا قد جاء استثناء من القاعدة، فإنه لا يتوسع فيه ولا يترك أمره للقاضي ككل العقوبات التعزيرية، بل يجب أن يعين ولى الأمر الجرائم التي يجوز فيها الحكم بالقتل. وقد اجتهد الفقهاء في تعيين هذه الجرائم وتحديدها، ولم يبيحوا القتل إلا إذا اقتضت الضرورة ذلك، بأن كان المجرم قد تكررت جرائمه ويئس من إصلاحه، أو كان استئصال المجرم ضروريا لدفع فساده وحماية الجماعة منه .

ويبيح الحنفيون عامة القتل تعزيرا ويسمونه القتل سياسة. ويرى بعض الحنابلة هذا الرأى وعلى الأخص ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، ويأخذ بهذا الرأى قليل من المالكية[٤]. ولكن أكثر الجرائم التي يبيح فيها الحنفية القتل تعزيرا أو سياسة يعاقب عليها بالقتل حدا أو قصاصا في المذاهب الأخرى، فما يظن توسعا في مذهب الحنفية من هذه الوجهة هو توسع ظاهرى في أكثر الحالات، فمثلا يبيح الحنفية القتل تعزيرا في جريمة القتل بالمثقل وفي جريمة اللواط ولا يرون القتل قصاصا في الحالة الأولى أو حدا في الحالة الثانية، بينما يرى مالك والشافعي وأحمد قتل القاتل بالمثقل قصاصا وقتل اللائط والملوط به حدا، ويرى بعض الحنابلة والمالكية قتل الداعية إلى البدعة تعزيرا بينما يراه غيرهم مرتدا بدعوته فيقتل حدا .

---

(١) البحر الرائق جـ٥ ص٤٤ – شرح الزرقاني جـ ٨ ص ١١٥، ١١٦ – أسنى المطالب جـ ٤ ص١٦١ وما بعدها.

(٢) المراجع السابقة وتبصرة الحكام جـ٢ ص٢٦٤ والإقناع جـ٤ ص٢٦٩ .

(٣) حاشية أمين عابدين جـ٤ ص ٢٤٧، ٢٤٨ – الإقناع جـ٤ ص ٢٧١ – الطرق الحكمية لابن القيم ص ١٠٦ – الاختيارات لابن تيمية ص ١٧٨، ١٧٩ – مواهب الجليل جـ٣ ص٣٥٧ – البحر الرائق جـ ٥ ص ٤٥– مجموعة الرسائل الحسية ص ٥٨ .

(٤) لا يبيح الشافعيون ومعظم المالكيين القتل تعزيرا، ويفضلون أن يحبس الجانى المفسد الذى يستضر بجرائمه إلى غير أمد لكف شره عن الجماعة ، ويؤيدهم فى هذا الاتجاه بعض الحنابلة .

﴿عوده﴾ والقتل تعزيرا لا يمكن أن يكون إلا في جرائم تعزيرية محدودة العدد. وقد رأينا فيما سبق أن الشريعة جعلت القتل عقوبة في أربع جرائم من جرائم الحدود هي: الزنا، والحرابة، والردة، والبغي. وجعلته عقوبة في جريمة واحدة من القصاص هي القتل العمد. فإذا قدرنا أن الجرائم التعزيرية التي يمكن العقاب عليها بالقتل تصل إلى خمس جرائم أيضا، كانت كل الجرائم المعاقب عليها بالقتل في الشريعة لا تزيد على عشر جرائم عند من يجيزون القتل تعزيرا، وكان عددها لا يزيد على خمس جرائم عند من لا يجيزون القتل تعزيرا، وتلك ميزة انفردت بها الشريعة الإسلامية من يوم نزولها، فهي لا تسرف في عقوبة القتل ولا تفرضها دون مقتض. ونستطيع أن نحيط بمدى تفوق الشريعة في هذه الوجهة إذا علمنا أن القوانين الوضعية كانت إلى أواخر القرن الثامن عشر تسرف في عقوبة القتل إلى حد بعيد، بحيث كان القانون الإنجليزى مثلا يعاقب على مائتي جريمة بالإعدام، والقانون الفرنسي يعاقب على مائة وخمسة عشر جريمة بالإعدام .

ولقد حاولت بعض البلاد الأوربية في العهد الأخير أن تلغي عقوبة القتل، ولكن حركة الإلغاء وقفت تحت تأثير النظرية الإيطالية التي ترى في عقوبة القتل وسيلة حسنة لاستئصال من لا يرجى صلاحهم من المجرمين، بل إن بعض البلاد التي ألغت عقوبة القتل فعلا كإيطاليا وروسيا والنمسا عادت فقررت القتل عقوبة في قوانينها .

وعقوبة القتل مقررة في كل الدول الكبرى كإنجلترا وفرنسا وأمريكا وأهم ما يبرر به شراح القوانين عقوبة القتل هو أنها وسيلة صالحة لمقاومة الإجرام ولاستئصال المجرمين الخطرين على الجماعة، وهذه هي نفس المبررات التي قال بها فقهاء الشريعة .

٤٨١- **عقوبة الجلد**: تُعَدّ عقوبة الجلد من العقوبات الأساسية في الشريعة، فهي عقوبة من العقوبات المقررة للحدود، وهي من العقوبات المقررة فى جرائم التعازير، بل هي العقوبة المفضلة في جرائم التعازير الخطيرة، ولعل وجه تفضيلها على غيرها أنها أكثر العقوبات ردعا للمجرمين الخطرين الذين طبعوا على الإجرام أو اعتادوه، وأنها ذات حدين فيمكن أن يجازى بها كل مجرم بالقدر الذى يلائم جريمته ويلائم شخصيته فى آن واحد .

وتمتاز عقوبة الجلد فوق ما تقدم بأن تنفيذها لا يثقل كاهل الدولة، ولا يعطل المحكوم عليه عن الإنتاج، ولا يعرض أهله ومن يعولهم للضياع أو الحرمان كما هو الحال في الحبس مثلا، فالعقوبة تنفذ في الحال، والمجرم يذهب بعد التنفيذ مباشرة إلى حال سبيله، فلا يتعطل عمله ولا يشقى بعقابه أهله .

〈عوده〉 وأهم ميزة لعقوبة الجلد أنها تحمي المحكوم عليه من شر المحابس وما تجره على المحبوسين من إفساد الأخلاق والصحة، واعتياد التعطل والنفور من العمل .

الحد الأعلى للجلد: اختلف فى الحد الأعلى للجلد. فمشهور مذهب مالك أن تعيين الحد الأعلى متروك لولى الأمر لأن التعزير يكون بحسب المصلحة، وعلى قدر الجريمة فيجتهد فيه ولى الأمر، وعلى هذا يجوز عند مالك أن يضرب المجرم أكثر من مائة جلدة ولو أن أشد الضرب في جرائم الحدود لا يزيد على مائة جلدة(١) .

ويرى أبو حنيفة ومحمد أن الحد الأعلى للجلد في التعزير تسعة وثلاثون سوطا، بينما يرى أبو يوسف أنه خمسة وسبعون سوطا،، وأساس هذا التحديد ما صح عندهم من قول رسول الله ﷺ : "من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين". ويرجع الخلاف بين أبي حنيفة ومحمد وبين أبي يوسف إلى أن أبا حنيفة ومحمدا رأيا أن لفظ الحدود ورد في الحديث منكرا، قالا : إن المقصود به حد ما، والأربعون حد كامل للرقيق، فإذا نقصت سوطا أصبح الحد الأعلى للتعزير تسعة وثلاثون. أما أبو يوسف فصرف لفظ الحد الى الأحرار وأقله ثمانون، وكان القياس أن يجعل الحد الأعلى تسعة وستين سوطا ولكنه اقتفى أثر على بن أبي طالب حيث جعل الحد الأعلى للتعزير خمسة وسبعين سوطا ينقص خمسة أسواط عن أدنى حدود الأحرار(٢) .

وفي مذهب الشافعى ثلاثة آراء : الأول يتفق مع رأى أبي حنيفة ومحمد، والثاني يتفق مع رأى أبي يوسف، والثالث يرى أصحابه أن يزيد الحد على خمسة وسبعين(٣) ولا يصل إلى مائة(٤)، بشرط أن تقاس كل جريمة بما يليق بها مما فيه حد فينقص تعزير مقدمة الزنا عن حده وإن زاد على حد القذف، وينقص تعزير السب عن حد القذف، أى : أنه لا يبلغ بالتعزير في معصية قدر الحد فيها، فلا يبلغ التعزير على النظر والمباشرة حد الزنا، ولا بالتعزير على الشتم دون قذف حد القذف .

---

(١) تبصرة الحكام جـ٢ ص ٢٦٢، ٢٦٣ – مواهب الجليل جـ٦ ص ٢١٩ .

(٢) شرح فتح القدير جـ٤ ص ٢١٤ – البحر الرائق جـ ٥ ص ٥١ .

(٣) نهاية المحتاج جـ٨ ص ٢٠١ – الأحكام السلطانية ص٢٠٦ – أسنى المطالب جـ٤ ص ١٦٢ .

(٤) يرى فريق من الشافعية أن يزيد الجلد على مائة بشرط أن تكون الجريمة مما لم يرد فى نوعها حد مقدر. راجع مجموعة الرسائل لابن تيمية الحسبة، ص ٥٧، الطرق الحكمية ص ١٠٦. ولم أجد لهذا الرأى أثرا فيما لدى من كتب الشافعية.

﴿عوده﴾ وفى مذهب أحمد آراء متعددة، منها ثلاثة آراء تتفق مع الآراء التى ذكرناها فى مذهب الشافعي، وهناك رأيان مختلفان : أولهما : أن الجلد لا يصح أن يبلغ في كل جناية حدا مشروعا فى جنسها، ولكنه يصح أن يزيد على الحد في جناية من غير جنس الجناية المشروع فيها الحد. فمثلا، حد الزانى غير المحصن الجلد مائة جلدة وحد الزانى المحصن الرجم، فلا يصح أن يعاقب على الخلوة أو المباشرة أو التقبيل أو غير ذلك من مقدمات الزنا بالجلد مائة جلدة، إذ إن الفاعل غير محصن حتى لا يبلغ العقاب حدا في غير حد، ولكن يجوز إذا كان الفاعل محصنا أن يجلد مائة جلدة فأكثر؛ لأن حد الزانى المحصن هو الرجم والجلد أيا كان عدد الجلدات لا يبلغ حد الرجم، وثانيهما: أنه لايصح أن يزاد في التعزير على عشرة أسواط بأى حال، وحجة القائلين بهذا الرأى الأخير ما رواه أبو بردة قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : "لا يجلد فوق عشرة أسواط إلا فى حد من حدود الله تعالى"[(١)]. وينسب بعض الفقهاء هذا الرأى الأخير للشافعية، ولكنى لم أجد أثرا فيما لدى من كتب الشافعية، وحجة من نسبوه للشافعية أن الشافعى قال : "إذا صح الحديث فهو مذهبى الحديث الذي بنى عليه هذا الرأى صحيح"[(٢)] .

ويرجع اختلاف المذاهب واختلاف فقهاء المذهب الواحد إلى حديثى الرسول اللذين ذكرناهما وهما قوله: "من بلغ حدا فى غير حد فهو من المعتدين". وقوله: "لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله". فأما الحديث الأول فلم يرده من المذاهب الأربعة إلا مذهب مالك بحجة أنه منسوخ، وعندهم أنه لا حد لأكثر التعزير، وأن للإمام أن يزيد فى التعزير على الحد إذا رأى المصلحة فى ذلك مجانبا لهوى النفس. وأما الحديث الثانى، فهو مردود إلا عند بعض الفقهاء من مذهب أحمد، ومن رده يرده لأنه منسوخ، أو لأنه مقصور على زمن الرسول[(٣)] .

(١) فتاوى ابن تيمية المجلد الرابع الاختيارات، ١٧٨- المغنى جـ ١٥ ص ٣٤٧ - الطرق الحكمية ص١٠٦ - الإقناع جـ ٤ ص ٢٧٠ وما بعدها .

(٢) شرح فتح القدير جـ٤ ص ٢١٥ - الطرق الحكمية ص ١٠٦ .

(٣) شرح فتح القدير جـ٤ ص ٢١٥ - تبصرة الحكام جـ٢ ص ٢٦٣ .

〈عوده〉 ومن أخذوا بالحديث الأول اختلفوا في تفسيره، ففسره البعض بأنه يمنع من أن تصل العقوبة في التعزير إلى العقوبة في أدنى الحدود. ونظر فريق منهم إلى العبيد، فقال: إن الحد ينصف لهم، فأدنى الحدود حدودهم، وأدنى حد لهم هو أربعون جلدة. وقال الفريق الثانى : بل ننظر إلى حدود الأحرار وأدنى حد لهم هو ثمانون جلدة. وفسر البعض الحديث بأنه يمنع من أن تصل العقوبة التعزيرية إلى عقوبة الحد على وجه العموم، أو أن تصل العقوبة التعزيرية على ما في جنسه الحد إلى عقوبة الحد، ويرى هؤلاء أن تقاس الجرائم بعضها على بعض، فما ماثل الشرب والقذف في موضوعه أو في خطورته لم يصل فيه الجلد إلى ثمانين، وما ماثل الزنا في موضوعه أو في خطورته لم يصل فيه التعزير إلى مائة جلدة. وفسر البعض الآخر الحديث بأنه يمنع من أن تصل العقوبة التعزيرية على جريمة في جنسها الحد إلى عقوبة الحد فإن لم يكن في جنسها حد جاز أن تصل إلى عقوبة الحد وإلى أكثر منها. فمثلا، لا يجوز عقاب من وجد فى فراش امرأة بالجلد مائة جلدة إذا لم يكن محصنا ما دام لم يطأها؛ لأن حد الزانى غير المحصن هو الجلد مائة جلدة، ولكن يجوز جلده مائة جلدة إذا كان محصنا ويجوز جلده أكثر من مائة جلدة؛ لأن حد الزانى المحصن الرجم. ويجوز جلد السارق أكثر من مائة جلدة؛ لأن حد السرقة هو القطع وهكذا. وإذا لم يكن في جنس الجريمة حد مقرر جاز الوصول بالتعزير إلى الحد الذي يراه ولى الأمر[1]، فكأن الغرض من الحديث ألا يعاقب على جريمة شرع في جنسها الحد بعقوبة الحد ما دامت شروط عقوبة الحد لم تتوافر حتى لا يسوى في العقاب بين الجريمة التامة والجريمة غير التامة، وبين الفعل الذى توافرت فيه شروط جريمة الحد والفعل الذى لم تتوافر فيه هذه الشروط. ولعل هذا الرأى الأخير هو أحسن الآراء من الوجهة العملية وأفضلها من الوجهة المنطقية .

ويرى بعض الفقهاء أن يكون أقل الجلد ثلاث جلدات؛ لأن هذا القدر أقل ما يزجر، ولكن البعض لا يرى جعل حد أدنى للجلد؛ لأن أثر الزجر يختلف باختلاف الناس [2].

---

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٢١٤ – نهاية المحتاج جـ ٢ ص ٢٠– المغنى جـ١٠ ص٣٤٧ – الشرح الكبير جـ ١ ص ٣٥٤ .

(٢) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٢١٥ – المغنى جـ١٠ ص٣٤٨ – بدائع الصنائع جـ٧ ص ٩٤ .

﴿عوده﴾ وليس في الشريعة ما يمنع من أن يكون الجلد عقوبة لأى جريمة من جرائم التعزير، وإن كان بعض الفقهاء يفضل أن يكون الجلد دون غيره عقوبة على الجرائم التي شرعت في جنسها الحدود، فيعاقب بالجلد على السرقات التى لا حد فيها، وعلى الزنا الذى لا حد فيه، وعلى القذف الذى لا حد فيه، وهكذا[١]. ويرى هؤلاء الفقهاء أن يعاقب بالجلد أو بغيره من عقوبات التعازير على الجرائم التى ليس في جنسها ما يوجب الحد، والقائلون بهذا ينظرون إلى أن عقوبة الجلد أشد تأديبا وأكثر ردعا عن ارتكاب الجرائم الخطيرة، والمفروض أن الجرائم التى شرعت فى جنسها الحدود هى أخطر الجرائم[٢].

٤٨٢ـ *الحبس* : الحبس في الشريعة على نوعين، حبس محدد المدة، وحبس غير محدد المدة.

٤٨٣ـ *الحبس المحدد المدة* : تعاقب الشريعة بالحبس المحدد المدة على جرائم التعزير العادية وتعاقب به المجرمين العاديين. ولقد ذكرنا أن الفقهاء يفضلون عقوبة الجلد على غيرها من العقوبات إذا كانت الجرائم خطيرة أو كان المجرمون خطرين أو ممن لا يردعهم إلا الجلد .

وأقل مدة هذا النوع من الحبس يوم واحد، أما حده الأعلى فغير متفق عليه، فيرى البعض ألا يزيد على ستة أشهر، ويرى البعض ألا يصل إلى سنة كاملة؛ والبعض الآخر يترك تقدير حده الأعلى لولى الأمر[٣].

والذين يحددون مدة الحبس هم الشافعيون، ويشترطون ألا يصل إلى سنة؛ لأنهم يقيسونه على التغريب في حد الزنا، والتغريب لا يزيد على عام فوجب أن يقل الحبس عن عام حتى لا يعاقب بحد في غير حد. وظاهر المذاهب الأخرى أنها لا تقيس الحبس على التغريب .

---

(١) بدائع الصنائع جـ٧ ص ٦٤ .

(٢) راجع الفقرة ٩٨ .

(٣) تبصرة الحكام جـ٢ ص٢٨٤ – شرح فتح القدير جـ٤ ص٢١٦ – الأحكام السلطانية ص٢٠٦ – المغنى جـ١٠ ص ٣٤٨ .

<عوده> ويجوز أن يجمع بين الحبس والضرب إذا رؤى أن إحدى العقوبتين لا تكفى وحدها، ولكن الشافعيين يشترطون في هذه الحالة ألا يوقع من إحدى العقوبتين إلا ما يُعَدّ مكملا لما نقص من العقوبة الثانية، فإذا ضرب الجاني نصف الجلدات المقررة للتعزير حبس نصف المدة المقررة للحبس، وإذا ضرب ربع الجلدات حبس ثلاث أرباع مدة الحبس، وهكذا. ولا يشترط الفقهاء الآخرون هذا الشرط، فيجوز عندهم أن يضرب الجاني كل الجلدات المقررة للتعزير ثم يحبس بعد ذلك المدة التى تكفى لتأديبه وزجر غيره[1] .

ويشترط في الحبس كما يشترط في غيره من عقوبات أن يؤدى غالبا إلى إصلاح الجاني وتأديبه، فإن غلب على الظن أنه لن يؤدب الجاني أو لن يصلحه امتنع الحكم به ووجب الحكم بعقوبة أخرى .

وموقف الشريعة من عقوبة الحبس يختلف اختلافا بينا عن موقف القوانين الوضعية، ذلك أن عقوبة الحبس في القوانين الوضعية هي العقوبة الأولى أو هى العقوبة الأساسية التى يعاقب بها في كل الجرائم تقريبا سواء كانت الجرائم خطيرة أو بسيطة . أما فى الشريعة الإسلامية فعقوبة الحبس ليست إلا عقوبة ثانوية لا يعاقب بها إلا على الجرائم البسيطة، وهي عقوبة اختيارية للقاضى أن يعاقب بها أو يتركها، وليس له أن يعاقب بها إلا إذا غلب ظنه أنها مفيدة .

ويترتب على هذا الفرق بين الشريعة والقوانين أن يقل الى حد كبير عدد المحبوسين في البلاد التي تطبق الشريعة الإسلامية، وأن يزيد عددهم إلى غير حد فى البلاد التى تطبق القوانين الوضعية .

والواقع أن مشكلة السجن والمسجونين هى من أوليات المشكلات التى تبرز أمام شراح القوانين الوضعية، فقد ترتب على جعل الحبس عقوبة أساسية في كل الجرائم تقريبا أن ازداد عدد المحكوم عليهم بالحبس وامتلأت بهم المحابس حتى ضاقت بهم على سعتها، وأدى ذلك إلى أن السجون أصبحت مباءة للتآمر ومدرسة للإجرام بالرغم من أنها أنشئت للوقاية من الإجرام؛ لأن اجتماع المسجونين يسمح لهم بالتعارف

---

(1) تبصرة الحكام جـ٢ ص٢٨٤ – شرح فتح القدير جـ٤ ص٢١٦ – الأحكام السلطانية ص٢٠٦ – المغنى جـ١٠ ص ٣٤٨ – أسنى المطالب جـ٤ ص ١٩٢ .

〈عوده〉 والتآمر على ارتكاب الجرائم وتبادل المعلومات والاختبارات. كذلك ثبت من التجارب أن عقوبة السجن لا تردع من هم في حاجة إلى الردع، بينما تفسد الصالحين من المسجونين وتنزل بهم إلى مستوى الفاسدين .

وقد حاول بعض المصلحين تخفيف عيوب الحبس، فوضعوا أنظمة مختلفة لهذا الغرض ولكنها جميعا لها عيوبها ومفاسدها، كما أنها تعجز عن القضاء على عيوب الحبس الأساسية. من ذلك، نظام الفصل بين المسجونين ليلا وجمعهم نهارا مع إلزامهم الصمت المطلق، ولكن هذا النظام يكلف نفقات باهظة ويقضى بتوقيع عقوبات صارمة ومستمرة على المسجونين لمنعهم من الاتصال والكلام. ومن ذلك، نظام الانفراد نهارا وليلا، وهو نظام كثير النفقة قليل الإنتاج يؤدى بالمسجونين إلى البله والجنون ويؤدي ببعضهم إلى الانتحار. ومن ذلك، النظام التدريجي أو النظام الأيرلندي، وهو يبدأ بالحبس الانفرادى ثم يحبس المسجون بعد مدة منفردا ليلا وفي النهار يجتمع مع باقي المسجونين على ألا يتكلم معهم، وهذا النظام يجمع بين عيوب النظامين السابقين .

أما عقوبة الحبس في الشريعة، فإنها لا تؤدي إلى مثل النتائج السابقة؛ لأنها لا توقع إلا فى بعض الجرائم البسيطة وعلى المجرمين المبتدئين ولمدد قصيرة إذا رأى القاضى أنها تردع الجانى، ومن ثم يكون عدد المسجونين قليلا، ومدة بقائهم في السجن قصيرة، وأخلاقهم غير فاسدة، وليس فيهم من مرن على الإجرام أو اعتاده. وهكذا تنتفي أسباب عيوب عقوبة الحبس القائمة في القوانين الوضعية بتطبيق نصوص الشريعة الإسلامية .

٤٨٤- *الحبس غير المحدد المدة* : من المتفق عليه أن الحبس غير المحدد المدة يعاقب به المجرمون الخطرون ومعتادو الإجرام، ومن اعتادوا ارتكاب جرائم القتل والضرب والسرقة، أو تكرر منهم ارتكاب الجرائم الخطيرة، ومن لا تردعهم العقوبات العادية، ويظل المجرم محبوسا حتى تظهر توبته وينصلح حاله فيطلق سراحه وإلا بقى محبوسا مكفوفا شره عن الجماعة حتى يموت[١] .

---

(١) عشية ابن عابدين جـ٣ ص٢٦٠ – تبصرة الحكام جـ٢ ص٢٦٤ – نهاية المحتاج جـ٨ ص٢٠ – الإقناع جـ٤ ص ٢٧٢ .

﴿عوده﴾ ومن المتفق عليه أن مدة الحبس لا تحدد مقدما، لأنه حبس لا مدة له، بل هو حبس حتى الموت ينتهي بموت المحكوم عليه أو توبته قبل ذلك وانصلاح حاله .

والحبس غير المحدد المدة تطبيق لنظرية العقوبة غير المحدودة التي عرفتها القوانين الوضعية في أواخر القرن التاسع عشر، فكأن الشريعة سبقت القوانين الوضعية لهذه النظرية بثلاثة عشر قرنا تقريبا، وأول من قال بها من شراح القوانين بهذه النظرية هم الشراح الإيطاليون حيث رأوا ضرورة عدم تحديد العقوبة، إذ للعقاب في رأيهم وظيفتان: الاستئصال والإصلاح، فمن كان قابلا من المجرمين للإصلاح كانت عقوبته مؤقتة، ومن كان غير قابل للإصلاح تؤبد عقوبته .

وتُعَدّ العقوبة غير المحددة المدة في عصرنا الحاضر من العناصر الجوهرية في تدابير الأمن، ومن أحدث العقوبات التي يعالج بها الإجرام على أساس من علمى النفس والاجتماع .

وللقوانين الوضعية طرائق مختلفة في عدم تعيين المدة، فبعضها يجعل عدم التعيين مطلقا فيصدر القاضى الحكم بالعقوبة دون أن يعين المدة، ولكن السلطة المشرفة على التنفيذ هي التي تحدد مدة العقوبة طبقا لما يتبين لها من حال المحكوم عليه. فقد تقصر المدة إن رأت انصلاح حاله، وقد تبقيه في سجنه حتى الموت إذا لم يكن يرجى إصلاحه، وقد أخذ القانون الفرنسى الصادر في ١٨٨٥/٢/٢٧ بهذه الطريقة حيث نص على عقوبة النفى كعقوبة مؤبدة وخول السلطة الإدارية أن تخفضها إن رأت أن المحكوم عليه يستحق تخفيض العقوبة.

وبعض القوانين يجعل عدم التعيين نسبيا، فيصدر القاضي الحكم محددا مدة العقوبة مبينا حدها الأدنى الذي لا يصح أن تقل عنه وحدها الأعلى الذي لا يصح أن تزيد عنه، ويترك بعد ذلك للسلطة التنفيذية أن تخلى سبيل المحكوم عليه إذا رأت أنه انصلح حاله بعد أن يستوفى الحد الأدنى من العقوبة، فإن لم ينصلح حاله بقى حتي يستوفى الحد الأعلى.

وبعض التشريعات الوضعية يحدد الحد الأدنى للعقوبة ولا يحدد الحد الأقصى كالقانون الإيطالى الصادر في سنة ١٩٣٠، وبعضها يحدد الحد الأقصي دون الأدنى كالقانون المصرى بالنسبة للمجرمين المعتادين على الإجرام وبالنسبة للمجرمين الأحداث .

﴿عوده﴾ وقد أخذ القانون المصرى بعدم التعيين المطلق بالنسبة للمتهمين المعتوهين، إذ أجاز للنيابة العمومية متى كان المتهم محبوسا احتياطيا أن تودعه في أحد محلات المجاذيب. م ٢٤٩ من قانون تحقيق الجنايات .

وبعض القوانين الأوربية كالقانون البلجيكي والقانون الإيطالى تقضي بوضع المتهمين المصابين بالنورستانيا أو المدمنين على تعاطى المسكرات فى محلات خاصة لمدة غير معينة .

ويتبين مما سبق أن القوانين الوضعية بدأت منذ أواخر القرن التاسع عشر تأخذ بنظرية الشريعة الإسلامية في العقوبة غير المعينة المدة، وأن بعض هذه القوانين تأخذ بنظرية الشريعة على إطلاقها فلا تحدد مدة العقوبة، وأن بعض القوانين يقيد مدة العقوبة بينما يجمع البعض الآخر بين الإطلاق والتقييد، وسواء أخذت القوانين بالنظرية مطلقة أو مقيدة فهي نظرية الشريعة الاسلامية، وما التقييد والإطلاق في الوقاع إلا تنظيم لتطبيق النظرية .

وليس بعد هذا من ينكر فضل الشريعة وسبقها في تقرير أفضل نظريات العقاب .

٤٨٥- *التغريب أو الإبعاد* :

تكلمنا عن التغريب بمناسبة الكلام على عقوبات الزنا، وقلنا إن أبا حنيفة يراه تعزيرا وبقية الأئمة يرونه حدا، وفيما عدا جريمة الزنا فالتغريب يُعَدّ تعزيرا باتفاق .

ويلجأ لعقوبة التغريب إذا تعدت أفعال المجرم إلى اجتذاب غيره إليها أو استضراره بها. ويرى بعض الفقهاء في مذهبى الشافعي وأحمد ألا تصل مدة الإبعاد إلى سنة كاملة، لأن التغريب شرع فى الزنا حدا ومدته عام، فيجب ألا تصل مدته في التعزير عاما تحقيقا لقول الرسول ﷺ: "من بلغ حدا فى غير حد فهو من المعتدين".

ويرى أبو حنيفة أن مدة التغريب يصح أن تزيد على سنة؛ لأنه لا يَعُدُّ التغريب حدا وإنما يَعُدُّه تعزيرا. ويرى مالك أن من الممكن زيادة مدة التغريب على سنة مع تسليمه بأن التغريب حد، لأنه يرى الحديث منسوخا. ويظاهر مالكا وأبا حنيفة بعض فقهاء مذهبى الشافعي وأحمد.

والقائلون بأن مدة التغريب يصح أن تزيد على سنة لا يحددون مدة التغريب، بل يرون التغريب عقوبة غير محدودة، ويتركون لولى الأمر أن يأذن للمغرب في العودة إذا صلح حاله وظهرت توبته .

〈عوده〉 والمحكوم عليه بالتغريب لا يحبس في مكان معين، ولكن يصح على رأى البعض أن يوضع تحت المراقبة وأن تقيد حريته ببعض القيود، ولكن ليس له اتفاقا أن يعود إلى المحل الذى غرب عنه قبل انتهاء مدة التغريب عند من يحددون له مدة وقبل توبته والإذن له بالعودة عند من لا يحددون للتغريب مدة .

ولقد عاقب رسول الله بالتغريب، فأمر بإخراج المخنثين من المدينة، وكذلك فعل أصحابه من بعده. من ذلك أن عمر رضى الله عنه عاقب ضبيعا بالضرب ونفاه إلى البصرة أو الكوفة وأمر بهجره، فكان لا يكلمه أحد حتى تاب وكتب عامل البلد إلى عمر يخبره بتوبته فأذن للناس فى كلامه. وكذلك نفى عمر نصر بن حجاج من المدينة.

ويدعو كثير من شراح القوانين اليوم إلى عقوبة التغريب؛ لأنهم يؤمنون بأن الحبس لا يجدى في إصلاح المحكوم عليهم وإعدادهم لتبوء المركز الذي كان لهم فى الجماعة قبل الجريمة، إذ يستحيل على المحكوم عليه بالحبس مهما تاب وأناب أن يستعيد مركزه في المكان الذي ارتكب فيه جريمته، ومن ثم يظل منبوذا من الجمهور ويضطر اضطرارا إلى أن يسلك نفسه في زمرة المجرمين والمفسدين، ولكن الإبعاد يخلص الجماعة من هذه الفئة من ناحية ويسمح للمحكوم عليه من ناحية أخرى بأن يستعيد مركزه في الهيئة الجديدة التي ينضم إليها .

وقد أخذت الدول الأوربية بنظرية التغريب وطبقتها في قوانينها. فإنجلترا مثلا كانت تبعد المحكوم عليهم إلى أمريكا وإلى أستراليا، ثم اضطرت إلى العدول عن الإبعاد بعد اعتراض سكان المستعمرات. والقانون الفرنسى الصادر فى سنة ١٨١٠ يجعل الإبعاد عقوبة تساعد على التخلص من السياسيين المناوئين للنظام القائم، كذلك جعل القانون الفرنسى من الإبعاد طريقة لتنفيذ عقوبة الأشغال الشاقة في المستعمرات، وجعل منه عقوبة تكميلية للمجرمين العائدين . والقانون الإيطالى يبيح لوزير العدل أن يأمر بتنفيذ الأشغال الشاقة أو السجن في إحدى المستعمرات .

٤٨٦ ـ *الصلب* : تكلمنا عن الصلب بصفته حدا يعاقب به على جريمة الحرابة، وقلنا إن بعض الفقهاء يرى صلب المحكوم عليه بعد قتله، وإن البعض الآخر يرى صلبه حيا ثم قتله وهو مصلوب. وقد كان تقرير الصلب حدا لجريمة قطع الطريق مما دعا الفقهاء للقول بأن الصلب يمكن أن يكون عقوبة تعزيرية.

〈عوده〉 والصلب للتعزير لا يصحبه القتل طبعا ولا يسبقه، وإنما يصلب الإنسان حيا ولا يمنع عنه طعامه ولا شرابه، ولا يمنع من الوضوء للصلاة ولكنه يصلي إيماء. ويشترط الفقهاء في الصلب ألا تزيد مدته على ثلاثة أيام.

ومما يحتج به لمشروعية عقوبة الصلب التعزيرية أن رسول الله ﷺ عذر رجلا بالصلب، وصلبه على جبل يقال له أبو ناب .

ويذكر الشافعيون والمالكيون الصلب إذا ما ذكروا عقوبات التعازير، ولكن الحنفية والحنابلة لا يصرحون بذكره، على أن هذا لا يعنى أنهم لا يرون الصلب؛ لأن القاعدة العامة أن كل وسيلة تؤدى إلى إصلاح الجانى وتأديبه وحماية الجماعة من شره تُعَدُّ عقوبة مشروعة [1].

وعقوبة الصلب على الوجه السابق هى عقوبة بدنية يقصد منها التأديب والتشهير معا، وهى أشبه ما تكون بعقوبة التلاميذ حين يؤمرون بالوقوف وأيديهم مرفوعة إلى أعلى زمنا ما، أو حين يؤمرون بأن يجثوا على ركبهم زمنا طويلا أو قصيرا.

ويجب ألا يفوتنا أن عقوبات التعازير عقوبات غير لازمة كعقوبات الحدود أو القصاص. وعلى هذا، فالأمر فى جعل الصلب عقوبة أو إهمالها متروك للهيئة التشريعية (فقهاء التقنين)، فإن رأت أنها تصلح لبعض الجرائم أو لكلها أقرتها وإن رأت أنها لا تصلح تركتها.

---

(١) الأحكام السلطانية ص ٢٠٦- تبصرة الحكام ج٢ ص ٢٦٦ .

۞ 480 – 486 – عقوبات الحدود والقصاص التى تطبق فى التعازير :

لقد درسنا تلك العقوبات من قبل عندما أوردها بصفتها حدودا أو قصاصا، وأشرنا إلى جواز تطبيقها فى نطاق التعازير – (فى تعليقاتنا على البند 450 وما بعده إلى 473).

ويكفينا هنا أن نضيف ملاحظات عامة :

1 – هذه العقوبات هى : الجلد (بند 481)، الحبس (482 – 484)، التغريب أو الإبعاد أو النفى (485)، الصلب (486) وقال إنه صورة من صور تنفيذ عقوبة الإعدام أو القتل ولذلك نعترض عليه لأنه لا يجوز القتل تعزيرا فى نظرنا ولا أى عقوبة بدلية غير الجلد ....

2 – على الرغم من أن عقوبة القتل ذكرها أولى العقوبات (البند 480)، فإنه أشار إلى أن هناك مبدأ فقهى هو أنه "لا يجوز فى التعزير قتل ولا قطع" وعلل ذلك بقوله :

"الأصل أن التعزير للتأديب، وأنه يجوز من التعزير ما أمنت عاقبته غالبا، فينبغى ألا تكون عقوبة التعازير مهلكة، ومن ثم فلا يجوز فى التعزير قتل ولا قطع".

إننا نَعُدُّ أن هذا المبدأ من أخطر ضوابط "التعازير"، وظاهر من كلامه أنه لاخلاف فيه، وقد بنى عليه عدم جواز القتل تعزيرا وبالتالى فلا يجوز "الصلب" إلا استثناء بنص صريح.

صحيح أنه أورد رأيا بأن هناك فقهاء أجازوا القتل "سياسة" استثناء من القاعدة العامة، أى أنه لا يتوسع فيه، ولا يترك الأمر فيه للقاضى، بل يجب أن يبين "ولى الأمر" الجرائم التى يحكم فيها بالقتل. ولكننا لا نوافق على هذا الرأى، بل نرى أن استبعاد القتل من التعازير يجب أن يكون مبدأ مطلقا لا يجوز الاستثناء فيه لمن سماه "ولى الأمر" .

ويلاحظ أن القتل هو أشد العقوبات البدنية، والأصل أنه يكون قصاصا فى القتل العمد، لكن نص عليه (فى السنة) فى حد الزانى المحصن (بالرجم) وهناك من يعارضون ذلك، ونحن نؤيد هذا الرأى المعارض، وأوضحنا حجتنا فى موضعها .

وكذلك نص عليه القرآن كحد فى "الحرابة" .

۞ أهم ملاحظاتنا استبعاد القتل والصلب والقطع تعزيرا، وأن الجلد أفضل من الحبس:

3 – قطع بعض الأطراف: لا خلاف فى عدم جوازه فى التعازير إطلاقا، برغم أنه تقرر كحد فى "السرقة" وفى "الحرابة". وهذا يؤيد رأينا فى أن القتل غير جائز من باب أولى .

4 – تكلم عن عقوبة الجلد (فى البند 481) ولو أنها بدنية إلا أنها "ليست مهلكة" مثل القتل والقطع، ولذلك فإن الفقه يجيزها فى جميع حالات التعزير. بل هو يؤكد لنا أنه يفضلها على غيرها وبخاصة عقوبة الحبس للأسباب التى أفاض فيها .

توجد آراء عديدة فى الفقه حول تطبيق الجلد فيما يتعلق بمقداره أو عدد الجلدات. فقد أشار إلى أنه وإن كان جائزا من حيث المبدأ فى التعازير إلا أن مقداره لا يجوز أن يصل إلى ما هو مقرر فى الحدود أو على الأقل أنه لا يتجاوزها، على التفصيل الذى أورده فى البند 481 – وهذه ضمانة مهمة.

5 – عقوبة الحبس توسع فى الكلام عنها فى البنود 482 – 484، ليشيد بموقف الفقه الذى لا يحبذها ولا يجعلها هى العقوبة الرئيسية كما هو الشأن فى القوانين الوضعية وأنهم يرون ألا تزيد مدته على سنة، وأن تطبق فى الجرائم الثانوية، وأنها اختيارية للقاضى ليس له أن يعاقب بها إلا إذا غلب على ظنه فائدتها (بند 483) .

وأضاف أنه يشترط فى الحبس كما فى غيره من عقوبات أن يؤدى إلى إصلاح الجانى وتأديبه، فإن غلب على الظن أنه لن يؤدب الجانى ولن يصلحه امتنع الحكم به ووجب الحكم بعقوبة أخرى (بند483). وقد أفاض فى هذه المناسبة فى مساوئ السجون وما فيها من فساد يؤدى إلى إفساد المحبوسين بدلا من إصلاحهم .

6 – أشار إلى "الحبس غير محدد المدة" (فى البند 484) وذكر أن بعض الآراء ترى ألا تحدد مدة الحبس، وأن يترك تقدير ذلك لولى الأمر، دون تحديد للمقصود من ولاية الأمر. وقد اعترضنا مرات عديدة على إطلاق هذه المصطلح دون تحديد. بل يجب فى نظرنا توضيح أن ولى الأمر فى كل ما يتعلق بالعقوبات هو القضاء، ولا يجوز أن يترك الباب مفتوحا ليفهم البعض أن المقصود هم رؤساء الدول أو الحكومات أو أولياء الأمور فى التنفيذ والإدارة ....

۞ لا نعترف بالصلب ضمن عقوبات التعازير لأنه متعلق بتنفيذ عقوبة القتل التي نعترض علي عَدِّها عقوبة تعزيرية :

وإذا كان يرى أن الشريعة سبقت القوانين الوضعية إلى تقرير الحبس غير محدد المدة، فإننا نضيف أنها سبقتها إلى استقلال القضاء واستقلال التشريع والفقه عن الدولة، وعدم جواز تدخل الرؤساء والسلاطين والأمراء فى هذا المجال، ولذلك فإنه يجب أن يكون هناك قاض لتنفيذ العقوبات هو الذى يختص بتحديد مدة الحبس غير محدد المدة وخاصة إذا كان تدبيرا وقائيا .

7 – فى البند 485 – تكلم عن عقوبة النفى أو التغريب أو الإبعاد . ويهمنا قوله إن مدتها لا تتجاوز عاما على الرأى الراجح .

8 – فيما يخص الصلب (الذى تكلم عنه فى البند 486)، فنحن نرجح رأى الحنفية الذين لا يذكرونه ضمن التعازير لأنه حتى فى حد الحرابة المقرر فيه فإنه هو فى البند (465) قد أشار إلى أن المقصود منه ربط المحكوم عليه فى الصليب لإطلاق النار عليه فهو جزء من عملية تنفيذ القتل، وما دام القتل لا يحكم به تعزيرا، على الرأى الذى نرجحه، فإنه لا مجال للصلب فى التعازير فى نظرنا.

يرجح ذلك أنه فى نهاية (البند 486) يقول إن جعل الصلب عقوبة تعزيرية متروك للهيئة التشريعية ... وإذا كان لم يبين لنا المقصود بهذه الهيئة فإننا نؤكد أنها هيئة الاجتهاد دون سواها كما ذكرنا ذلك مرارا فيما سبق .

ونضيف أنه إذا جاء الصلب كجزء من إجراءات تنفيذ القتل تمهيدا له، فإنه لا يجوز بعده، لأنه يكون تمثيلا بالجثة لا يجوز بحسب المبدإ فى شريعتنا .

<عوده> ٤٨٧ ـ *عقوبة الوعظ وما دونها:* يُعَدّ الوعظ عقوبة تعزيرية في الشريعة الإسلامية. ويجوز للقاضى أن يكتفي فى عقاب الجانى بوعظه إذا رأى أن فى الوعظ ما يكفي لإصلاحه وردعه.

وقد نص القرآن صراحة على عقوبة الوعظ فى قوله تعالى: ﴿واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن﴾ [النساء :٣٤] .

وفى الشريعة من العقوبات التعزيرية ما هو دون الوعظ. فالفقهاء يَعُدُّون مجرد إعلان الجانى بجريمته عقوبة تعزيرية، وفى إحضاره إلى مجلس القضاء عقوبة تعزيرية.

ويجب ألا ننسى أن مثل هذه العقوبات لا توقع إلا على من غلب على الظن أنها تصلحه وتزجره وتؤثر فيه .

٤٨٨ ـ *عقوبة الهجر:* ومن العقوبات التعزيرية فى الشريعة الهجر، وقد ورد به القرآن تعزيرا للمرأة فى قوله تعالى: ﴿فعظوهن واهجروهن فى المضاجع﴾[النساء: ٣٤].

وقد عاقب الرسول ﷺ بالهجر، فأمر بهجر الثلاثة الذين خُلّفُوا عنه فى غزوة تبوك وهم : كعب بن مالك، ومرارة بن ربيعة العامرى، وهلال بن أمية، فهجروا خمسين يوما لا يكلمهم أحد حتى نزل قوله تعالى : ﴿وعلى الثلاثة الذين خُلّفُوا حتى إذا ضاقت عليهم الأرض بما رَحُبَت وضاقت عليهم أنفسهم وظنوا أن لاَّ ملجأ من الله إلا إليه ثم تاب عليهم ليتوبوا إن الله هو التواب الرحيم﴾ [التوبة:١١٨].

وعاقب عمر رضي الله عنه ضبيعا بالهجر مع الجلد والتغريب، فكان لا يكلمه أحد حتى تاب، وكتب عامل البلد الذى غرب إليه إلى عمر يخبره بتوبته فأذن للناس فى كلامه.

❁ 487، 488 – التعازير التى لا تدخل فى نطاق العقوبات المقدرة (حدا ولا قصاصا)
لا نوافق على وصفها بأنها عقوبات، وأولها الوعظ والهجر :

سبق لنا أن علقنا على ما كتبه بشأن حقوق الأزواج (التى توصف عادة بأنها تأديب الزوجة) فى حاشيتنا على البنود 351 – 355 فى الباب الثالث الخاص بالركن الأدبى، وأبدينا رأينا بأن رئاسة الزوج للأسرة لا تستلزم الاعتراف له بما وصفه بأنه "التعزير" على المعاصى، لأن التعزير فى نظرنا من حق القضاء وحده، ولا نعتقد أن للزوج ولاية تتجاوز رئاسة الأسرة، وفيما عدا ذلك فإن الأصل أن الحقوق متبادلة ومتوازنة بين الزوجين فى نطاق الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر الذى نرى أنه مبدأ عام، وهو ليس حقا خاصا بالأزواج بل للزوجات كذلك هذا الحق .

وفى نطاق هذا النظر، نرى أن الوعظ والهجر (بل والضرب بسبب النشوز) لا يدخلان فى نطاق "الجزاء الجنائى" ولا فى نطاق ما يسميه الجزاءات على المعاصى، بل هى فى نطاق استعمال الزوج حقه فى "المعاشرة الزوجية"، وهو المقصد الأساسى فى عقد الزواج. والمسوِّغ الوحيد لهذا – كما فى الآية القرآنية – هو "النشوز"، أى رفض المعاشرة، وليس من اللائق أن يوصف ذلك النشوز بأنه جريمة. وإذا كان معصية شرعية، فإنما يكون عادة نتيجة سوء تفاهم أو خصام، وأنه على أكبر تقدير إخلال بالواجبات الزوجية التى يفرضها عقد الزواج على الطرفين، مع إشارتنا إلى أن الزواج فى شريعتنا عقد يتم بإيجاب وقبول، وتنفيذه يكون بالاختيار والرضا المتبادل ... ولا داعى لوصف الرئاسة الممنوحة للزوج بأنها ولاية تعزير ويكفى وصفها "بالقوامة" المذكورة فى الآية القرآنية، والتى يقصد بها التزامه بالإنفاق على الأسرة ورئاستها .

هذا فيما يتعلق بتطبيق الآية 34 من سورة النساء فى العلاقة بين الزوجين .

لكن فقيهنا يرى أن "الوعظ" يجوز أن يكون إجراء تعزيريا يتولاه القاضى لإصلاح مرتكبى بعض المعاصى، ونحن نوافق على ذلك، وإن كنا لا نرى أن ذلك يستدعى عَدَّ هذه المعاصى جرائم جنائية، أو وصف الوعظ بأنه عقوبة جنائية، بل هو مجرد تدبير للتهذيب والإصلاح والتشجيع على التوبة .

۞ كثير من المعاصى الدينية لا يصح وصفها بأنها جرائم :

لقد سبق أن بينا وجهة نظرنا فى أننا لا نرى فائدة فى إعطاء جميع المعاصى الدينية مثل الإفطار فى رمضان والمعاشرة فى حالة الحيض ... إلخ. وصف "الجرائم"، ولا إعطاء التدابير التى تجيزها الشريعة لمعالجتها صفة "عقوبات"، لأن الشريعة نظام واسع كامل شامل يتسع لإجراءات وتدابير من أنواع مختلفة، ولا يجوز وصفها كلها بأنها عقوبات، كما لا يجوز وصف جميع المخالفات الشرعية أو المعاصى بأنها جرائم.

ولذلك، فإن "الوعظ" وكذلك ما يسميه "مجرد إعلان الجانى بالتهمة الموجهة له" أو "جريمته" على حد قوله أو إحضاره لمجلس القضاء، لا نرى أن توصف هذه التدابير بأنها "عقوبات" من أى نوع، لأنها مجرد إجراءات عادية يتعرض لها كل فرد، ولا يصح أن تكون وسائل للزجر أو التخويف أو التشهير، ولا يجوز أن يقال بأن من يستدعى لمجلس القضاء أو يعلن بتهمة معينة أو يوجه له أى وعظ هو مجرم، لأن الأصل فى كل إنسان هو البراءة، ولا يجوز أن يوصف شخص بأنه مجرم لمجرد أنه استدعى لمجلس القضاء أو وجه إليه اتهام إلا بعد ثبوت التهمة عليه قضائيا وصدور حكم قضائى صحيح بالإدانة .

لكن موضوع الهجر أو المقاطعة (النبد 488) يحتاج إلى وقفة. فقد أشار إلى أمر النبى ﷺ بمقاطعة الثلاثة الذين تخلفوا فى موقعة تبوك، وفعلهم يمكن أن يوصف بحق بأنه "جريمة الفرار من الخدمة العسكرية" فى عصرنا الحاضر، وبالتالى فإن هؤلاء الأشخاص يستحقون التعزير والجلد. فإذا كان رسولنا الكريم قد فرض المقاطعة لتعزيرهم، فمعنى ذلك أن المقاطعة يمكن أن تكون جزاء يفرض على مرتكبى بعض الجرائم الخطيرة مثل الفرار من الخدمة العسكرية، لكن المهم كيفية تنفيذ مثل هذا الإجراء فى العصر الحاضر، لأنه فى عهد الرسول كانت المدينة مجتمعا ضيقا محدودا، كان المواطنون جميعا متعارفين ويجتمعون للصلاة فى مسجد واحد خمس مرات يوميا، لذلك نفذت القطيعة وكان لها أثرها .

وحبذا لو بذل علماؤنا الشرعيون والاجتماعيون جهدا لتنظيم هذه التدابير ليكون لها فاعليتها فى زجر الجناة فى عصرنا كما حدث فى الماضى ولكن بشرط أن تكون فى نطاق الجزاء على الأفعال الإجرامية الخطيرة مثل الفرار من الخدمة العسكرية كما بينا .

<عوده> ٤٨٩ ـ *عقوبة التوبيخ*: ومن العقوبات التعزيرية فى الشريعة عقوبة التوبيخ. فإذا رأى القاضى أن التوبيخ يكفي لإصلاح الجانى وتأديبه اكتفى بتوبيخه.

ولقد عزر رسول الله ﷺ بالتوبيخ. ومن ذلك ما رواه أبوذر ﷺ قال: سابت رجلا فعيرته بأمه. فقال رسول الله ﷺ: "يا أبا ذر أعيرته بأمه؟! إنك امرؤ فيك جاهلية!".

وخاصم عبدَ الرحمن بن عوف عبدٌ من عامة الناس إلى رسول الله، فغضب عبد الرحمن وسب العبد قائلا: يا بن السوداء! فغضب النبى أشد الغضب ورفع يده قائلا: "ليس لابن بيضاء على ابن سوداء سلطان إلا بالحق". فاستخذى عبد الرحمن وخجل، ووضع خده على التراب ثم قال للعبد: طأ عليه حتى ترضى.

٤٩٠ ـ *عقوبة التهديد*: والتهديد عقوبة تعزيرية فى الشريعة بشرط ألا يكون تهديدا كاذبا، وبشرط أن يرى القاضى أنه منتج وأنه يكفى لإصلاح الجانى وتأديبه. ومن التهديد أن ينذره القاضى بأنه إذا عاد فسيعاقبه بالجلد أو بالحبس، أو سيعاقبه بأقصى العقوبة. ومن التهديد أن يحكم القاضى بالعقوبة ويوقف تنفيذها إلى مدة معينة.

وقد عرفت القوانين الوضعية أخيرا عقوبتى التوبيخ والتهديد، وأخذت بالتوبيخ القضائى كعقوبة للجرائم البسيطة وللمجرمين المبتدئين، وأخذت بالتهديد القضائى عقوبة لمن يرى القاضى أن التهديد كاف لزجرهم وإصلاحهم.

وقد طبقت القوانين الوضعية عقوبة التهديد بطرق مختلفة، فبعضها يرى أن يحكم القاضى بالعقوبة مع إيقاف تنفيذها لمدة معينة، فإن عاد المجرم أمكن تنفيذ العقوبة الموقوفه. وبعضها يرى ألا يصدر القاضى حكما، بل يوقف إصدار الحكم إلى أمد معين. وبعضها يرى الاكتفاء بإنذار الجانى ألا يعود لجريمته.

وهذه الوسائل المختلفة التى تأخذ بها القوانين الوضعية ليست إلا تطبيقات للتهديد بالعقوبة. ويكفى أن نعرف أن القوانين الوضعية لم تأخذ بنظام التوبيخ والتهديد بالعقاب إلا فى أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين، بينما عرفت الشريعة هذين النظامين وغيرهما من ثلاثة عشر قرنا وأكثر.

٤٩١ ـ *التشهير*: ومن عقوبات الشريعة التعزيرية التشهير. ويقصد بالتشهير: الإعلان عن جريمة المحكوم عليه، ويكون التشهير في الجرائم التى يعتمد فيها المجرم على ثقة الناس كشهادة الزور والغش.

 وكان التشهير يحدث قديما بالمناداة على المجرم بذنبه فى الأسواق والمحلات العامة، حيث لم تكن هناك وسيلة أخرى. أما فى عصرنا الحاضر، فالتشهير ممكن بإعلان الحكم فى الصحف أو لصقه في المحلات العامة.

والقوانين الوضعية تأخذ بعقوبة التشهير، وقد أخذ بها القانون المصرى في بعض الجرائم كالغش والبيع بأكثر من السعر الجبرى .

٤٩٢ ـ *عقوبات أخرى*: وليست العقوبات السابقة هي كل عقوبات التعزير في الشريعة الإسلامية؛ لأن التعازير ليست معينة وإنما ترك أمرها لأولى الأمر؛ أى الهيئة التشريعية، يختارون منها ما يرونه صالحا لمحاربة الإجرام وإصلاح المجرمين وتأديبهم، ويتركون ما يرونه غير صالح، ولا يتقيدون في ذلك بقيود ما إلا بمراعاة الأسس العامة التي تقوم عليها نظرية العقاب .

والعقوبات التي ذكرناها هى أهم العقوبات العامة التى يمكن أن تطبق فى كل جريمة. وهناك عقوبات أخرى ليست عامة ولا تنطبق على كل الجرائم، وأهمها :

١ – العزل من الوظيفة: وتطبق على الذين يتولون الوظائف العامة سواء كان أداء الوظيفة بمقابل أو مجانا .

٢ – الحرمان: ومعناه حرمان المجرم من بعض الحقوق المقررة له شرعا، كالحرمان من تولى الوظائف، ومن أداء الشهادة، وكالحرمان من سلب القتيل، والحرمان من سهم الغنيمة، وكإسقاط النفقة للنشوز .

٣ – المصادرة : ويدخل تحتها مصادرة أدوات الجريمة ومصادرة ماحرمت حيازته.

٤ – الإزالة : ويدخل تحتها إزالة أثر الجريمة أو العمل المحرم، كهدم البناء المقام في الشارع العام وإعدام أوانى الخمر واللبن المغشوش. وهذه العقوبات جميعا تعرفها القوانين الوضعية اليوم وتأخذ بها.

❁ 489 – 492 – التوبيخ والتهديد والتشهير وتدابير أخرى:

من مزايا فقهنا أنه أفسح المجال للاجتهاد فى اتخاذ جميع التدابير التى تحقق الهدف الاجتماعى من التشريع، وهو منع الجريمة ووقف الانحراف والعدوان. ولذلك، فإن قضاءنا كثيرا ما لجأ إلى التوبيخ والتهديد والتشهير على النحو الذى عرضه علينا .

ويهمنا أن التهديد بالعقوبة هو أساس النظام المعروف حاليا بوقف تنفيذ العقوبة المحكوم بها مدة معينة، وقد أصبح منصوصا عليه فى أكثر القوانين الوضعية .

وقد أضيف إليه تدبير آخر هو عدم الحكم بالعقوبة وإطلاق سراح الشخص مدة معينة على سبيل الاختبار القضائى[1] يمكن فى نهايتها صدور الحكم عليه بالعقوبة أو البراءة حسبما يتبين من سلوكه فى فترة الاختبار .

وأساليب التشهير تطورت، ويمكن أن تتطور أكثر فى المستقبل. لكن شريعتنا تجيز للقاضى أن يأمر به كلما وجد فى ذلك فائدة فى إصلاح الجانى وحماية المجتمع من تكرار الجريمة منه أو من غيره .

* * *

لا حدود لما يمكن ابتكاره من تدابير يمكن للقاضى أن يحكم بها كجزاء جنائى يقصد به إصلاح الجانى والمجتمع. والمبدأ المعترف به فى فقهنا هو أن القاضى له أن يتخذ كل تدبير أو إجراء يراه محققا لهذا الغرض ويمكن عَدُّه تدبيرا وقائيا إذا لم يكن عقوبة .

ويسرنا أنه هنا قد أشار إلى ضرورة "التقنين" حيث يقول: "إن التعازير ليست معينة وإنما ترك أمرها لولى الأمر" أى "الهيئة التشريعية" .

---

(1) PROBATION – الذى يقولون إن القضاء الإنجليزى سبق إليه، وينسون أن قضاءنا وفقهنا هو صاحب السبق الأول فى هذا المضمار، كما هو فى نواح كثيرة أشرنا إليها ... لكنهم ما زالو يجهلونها أو يتجاهلونها .

❁ لا نوافق علي استعمال اصطلاح "الهيئة التشريعية"، بل يكفي الإشارة إلى أهل الاجتهاد:

وقد تعمد استعمال مصطلح الهيئة التشريعية الشائع فى القوانين الوضعية، لكن علينا أن نذكر دائما بأن التشريع فى الإسلام مصدره الوحى السماوى، لذلك، فهو مستقل عن الدولة وأمرائها ورؤسائها، وأن الاجتهاد من اختصاص من تختارهم الجماعة من العلماء وأهل الاجتهاد الذين تثق فيهم الأمة، ومن حقها أن تفوضهم فى الاجتهاد والإجماع، وأن ينوب عنها أهل الحل والعقد فى تنفيذ الاجتهادات المناسبة لظروف الزمان والمكان وتنظيم الدولة ومساءلة القائمين بالأمر فيها .

وقد ذكر من بين الجزاءات المستحدثة ما يمكن عَدُّه تعزيرا، مثل العزل من الوظيفة أو الحرمان من بعض الحقوق أو عدم الصلاحية للشهادة، وكذلك المصادرة والإزالة ... وغيرها مما يمكن استحداثه فى الحاضر والمستقبل .

<عوده> ٤٩٣ ـ *عقوبة الغرامة* : من المسلّم به أن الشريعة عاقبت على بعض الجرائم التعزيرية بعقوبة الغرامة. من ذلك أنها تعاقب على سرقة الثمر المعلق بغرامة تساوى ثمن ما سرق مرتين فوق العقوبة التى تلائم السرقة، وذلك قول الرسول: "ومن خرج بشيء فعليه غرامة مثليه والعقوبة". ومن ذلك عقوبة كاتم الضالة، فإن عليه غرامتها ومثلها معها، ومن ذلك تعزير مانع الزكاة بأخذ شطر ماله(١).

ولكن الفقهاء بالرغم من هذا اختلفوا فيما إذا كان من الجائز جعل الغرامة عقوبة عامة يمكن الحكم بها فى كل جريمة، فرأى البعض أن الغرامة المالية يصح أن تكون عقوبة تعزيرية عامة، ورأى البعض أنه لايصح أن تكون الغرامة عقوبة عامة (٢).

والذين يعترضون علي الغرامة المالية يحتجون بأنها كانت مقررة في عهد الرسول ونسخت، وأنها غير صالحة كوسيلة من وسائل محاربة الإجرام، وأنه يخشى أن يكون فى إباحة الغرامة المالية ما يغرى الحكام الظلمة بمصادرة أموال الناس بالباطل .

وتشدد بعض من أجازوا الغرامة عقوبة عامة، فاشترطوا أن تكون الغرامة عقوبة تهديدية بحيث يحصل المال ويحبس عن المحكوم عليه حتى ينصلح حاله، فإن صلح حاله رد إليه ماله، وإن لم ينصلح حاله أنفق المال على جهة من جهات البر .

ويمكن أن يؤيد الرأى المعارض فى الغرامة المالية بأن جعل الغرامة عقوبة أساسية يؤدى إلى تمييز الأغنياء على الفقراء لأن الغني يستطيع أن يدفع دائما أما الفقير فلا يستطيع ذلك، ومن ثم فلا يمكن أن يعاقب بالغرامة وهي أخف بكثير من بعض العقوبات الأخرى.

وفى عصرنا الحاضر حيث نظمت شئون الدولة وروقبت أموالها، وحيث تقرر الهيئة التشريعية الحد الأدنى والحد الأعلى للغرامة، وحيث ترك توقيع العقوبات للمحاكم، لم يعد هناك محل للخوف من مصادرة أموال الناس بالباطل، وبذلك يسقط أحد الاعتراضات التى اعترض بها علي الغرامة. كذلك وجدت جرائم بسيطة يعاقب

---

(١) إغاثة اللهفان جزء ١ ص ٣٣١ – أعلام الموقعين جـ ٢ ص ٢٢٠ .

(٢) المراجع السابقة، والمغنى ج ١٠ ص ٣٤٨ – الإقناع ج٤ ص٢٧٠ –تبصرة الحكام ج٢ ص٢٦١ –شرح الزرقاني ج٨ ص١٢٥ –نهاية المحتاج ج٨ ص٢٠ – أسنى المطالب ج٤ ص١٦٢ – شرح فتح القدير ج٤ ص٢١٢ – حاشية ابن عابدين ج٣ ص٢٤٦ – مجموعة الرسائل . الحسبة . ص ٥٩ .

<عوده> عليها بعقوبات مالية تافهة كالمخالفات بحيث يستطيع أكثر الناس دفع الغرامة، وبهذا يضعف أحد الاعتراضات الأخرى على الأقل فى هذه الجرائم البسيطة.

وعلى كل حال، فإن الفقهاء الذين يرون جعل الغرامة عقوبة عامة يقررون أنها لاتصلح إلا فى الجرائم البسيطة، ولم يحاولوا أن يضعوا للغرامة حدا أدنى أو حدا أعلى تاركين ذلك لولي الأمر.

والقوانين الوضعية تجعل الغرامة عقوبة أساسية في معظم الجرائم، وتتوسل إلى تنفيذ العقوبة بوسيلتين: الأولى: هى التنفيذ الجبرى على أموال المحكوم عليه، فإن لم يكن له مال فالثانية وهى الإكراه البدنى، وهو يكون بتشغيل المحكوم عليه في عمل حكومي إذا وجد هذا العمل أو بحبس المحكوم عليه مدة معينة. ومعنى هذا أن عقوبة الغرامة تنتهى بالحبس إذا كان المحكوم عليه فقيرا مع أن القوانين الوضعية تَعُدُّ عقوبة الحبس أشد من عقوبة الغرامة.

وشراح القوانين الوضعية يعترفون بما لعقوبة الغرامة من عيوب كثيرة يحاولون إصلاحها،ويرون في عقوبة الغرامة – بالرغم من عيوبها – وسيلة من الوسائل الحسنة للتخفيف أو الحد من مساوئ عقوبة الحبس. فهم يقبلون عقوبة الغرامة لا لمزاياها، ولكن لأن مساوئها أقل من مساوئ عقوبة الحبس، وإذن فهم لا يحرصون على الأصلح وإنما يحرصون على اختيار أخف الضررين .

ولا تبيح الشريعة الإسلامية حبس المحكوم عليه بمبلغ من المال إلا إذا كان المطالب بالمال قادرا عليه وممتنعا عن دفعه، كما هو الحال فى دين النفقة. أما إذا كان المطالب بالمال عاجزا عنه فلا يجوز حبسه مقابل المبلغ المحكوم به؛ لأن الحبس فى الدين لم يشرع إلا لحمل المدين على الدفع، فإذا كان عاجزا عن الدفع امتنع الحبس لانعدام سببه. لكن ليس فى الشريعة ما يمنع من تشغيل المحكوم عليه في عمل حكومى لاستيفاء الغرامة المحكوم بها من أجره، ونظرية الشريعة فى هذا سليمة من الوجهتين التشريعية والمنطقية؛ لأن التنفيذ على المحكوم عليه بالشغل هو تنفيذ على ماله، ما دام لا مورد له إلا عمله. ولا يكاد التنفيذ جبرا بالشغل يختلف شيئا عن التنفيذ جبرا على المال. أما حبس المحكوم عليه مقابل الغرامة في حالة العجز عن الدفع، فمعناه أن المحكوم عليه يحبس لفقره لا للحكم عليه بالحبس، ومن ثم تكون عقوبة الحبس الحالّة

〈عوده〉 محل الغرامة عقوبة خاصة بالفقراء، ومن شروط العقوبة الأساسية أن تكون عامة وإلا كانت غير مشروعة .

وليس فى الشريعة ما يدعو للحرص على عقوبة الغرامة وتعميمها في كل الجرائم التعزيرية أو معظمها؛ لأن الشريعة تجعل من عقوبة الحبس عقوبة ثانوية، ولأن العقوبة الأساسية في معظم الجرائم هى الجلد، فانعدمت بذلك مساوئ عقوبة الحبس. تلك المساوئ التى وجدت عقوبة الغرامة للتخفيف من حدتها في القوانين الوضعية .

والأصل فى التشريع أن لجرائم التعزير مجموعة من العقوبات تختلف فى بساطتها وشدتها، وللقاضى أن يعاقب الجانى بالعقوبة أو العقوبات التى يراها ملائمة للجريمة وللجانى، فإذا حرص بعض الفقهاء على أن يجعلوا من الغرامة عقوبة عامة فإنهم يقصدون من ذلك أن يدخلوا الغرامة في مجموعة عقوبات التعزير، فيكون للقاضى أن يعاقب بها كلما رآها ملائمة للجريمة وللمجرم. فإذا لم تكن ملائمة فهو غير ملزم بالحكم بها فى أى حال .

❁ 493 – الغرامة المالية :

لقد توسع فى الموازنة بين موقف القوانين الوضعية وموقف الفقه الشرعى من عقوبة الغرامة، ويرى أن فقهاءنا لا يحبذون هذه العقوبة. ومن الغريب أنه يفضل عليها، وعلى الحبس، عقوبة الجلد، فى حين أن كثيرين لا يرون ذلك . ونحن منهم .

وإذا كان يشير إلى أن القوانين الوضعية تفضل الغرامة المالية على الحبس لأنها أقل ضررا منه؛ فإننا نرى أنها أيضا أخف من الجلد [1]. ولذلك، فنحن نفضلها على الحبس والجلد معا إذا كانت تكفى لتحقيق الغرض من الجزاء الجنائى .

ونحن نقدر حرصه على عدم جعل الغرامة وسيلة لإعطاء الأغنياء ميزة على الفقراء، وهذا لا يستلزم معارضته مبدأ الغرامة، وإنما يكفى لذلك أن يراعى القاضى حالة المحكوم عليه عند تقدير الغرامة المحكوم بها، ولهذا فإن التقنين يجب أن يراعى فيه إعطاء القاضى حق زيادة مقدار الغرامة على القادرين حتى يكون تأثرهم بها مساويا لتأثير الفقراء .

وقد تعرض لمبدإ الإكراه البدنى بالحبس كوسيلة لتحصيل الغرامة من الممتنعين عنها إذا كانوا قادرين على الدفع ولكنهم مماطلون – وهذا مبدأ شرعى أصيل يجب أن نعتز به – تطبيقا للحديث المعروف "مطل الغنى ظلم". بل نرى أن نعود لتطبيقه فى الحقوق المدنية كذلك، وإن لم يكن هذا هو موضع هذا البحث.

أما ما قاله عن الحبس بدلا من الغرامة بالنسبة لمن يعجز عن السداد، فهذا أمر يحتاج إلى بحث، ونحن نشك فى إمكان ذلك دون الإخلال بمبدإ المساواة بين المحكوم عليهم ... لأن الحبس بلا شك أقسى من الغرامة، فإذا كان الغنى يدفع والفقير يحبس فهذا تقييد لمبدإ المساواة العادلة فى العقوبة .

---

(1) ويؤيد صديقنا المستشار صلاح الطوخى رأى فقيهنا بتفضيل الجلد على الغرامة والحبس، ويقول إن الغرامة (بل والحبس) تؤثران على غير الجانى كأسرته، قد يستدين للوفاء بها. أما الجلد، فهو عقوبة مباشرة شخصية وفورية ولا يتعدى أثرها من يتعرض لها .

الفصل الخامس
مدى صلاحية العقوبات الشرعية

<عوده> ٤٩٤ ـ *العقوبات الشرعية والإحصاءات*: بينا فيما سبق أنواع العقوبات في الشريعة الإسلامية والمميزات التي تميز كل نوع عن النوع الآخر، وقلنا إن الشريعة حرصت في عقوبات جرائم الحدود وجرائم القصاص على تقرير عقوبة أو عقوبات خاصة لكل جريمة، وإنها نظرت فى تقرير هذه العقوبات إلى الجريمة دون المجرم، وإنها حدَّت من سلطة القاضى تلقاء هذه العقوبات بحيث جعلته مسيرا لا مخيرا، فلا يستطيع أن ينقص من العقوبة أو يزيد عليها، ولا يستطيع أن يخفف العقوبة أو يغلظها، لأن العقوبات المقررة عقوبات مقدرة. وكما حدَّت الشريعة من سلطان القاضى حدت من سلطان المشرع، فليس له أن يستبدل بعقوبة أخرى، وليس له أن يعفو عن العقوبة أو يوقف تنفيذها، وإن كان له أن يغلظ العقوبة المقدرة بعقوبة تعزيرية أخرى. فليس له مثلا أن يجعل عقوبة القذف خمسين جلدة، ولكنه يستطيع أن يضيف إلى عقوبة الجلد المقررة للقذف عقوبة الغرامة أو الحبس، وأن يزيد عقوبة الجلد على ثمانين جلدة فتكون الزيادة عقوبة تعزيرية. وليس للشارع أن يستبدل بالقصاص عقوبة أخرى، أو ينقص الدية، ولكن له أن يضيف إلى القصاص أو الدية عقوبة الجلد أو الحبس أو غير ذلك من العقوبات التعزيرية[1].

والجرائم التى اهتمت فيها الشريعة بالجريمة وأهملت الجانى، هي جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية وهى: (١) الزنا. (٢) القذف. (٣) الشرب. (٤) السرقة.

(٥) الحرابة. (٦) البغى. (٧) الردة. (٨) القتل العمد.

(٩) القتل شبه العمد. (١٠) القتل الخطأ. (١١) الجرح العمد.

(١٢) الجرح الخطأ .

فمجموع الجرائم التي اهتمت فيها الشريعة بالجريمة وأهملت شأن الجاني هو اثنتا عشرة جريمة، وما عدا ذلك من الجرائم فينظر فيها إلى الجريمة والمجرم معا .

---

(١) راجع الفقرة) ٩٨ .

﴿عوده﴾ وقد لا يستطيع الإنسان لأول وهلة أن يفهم حكمة الشريعة الإسلامية من تشددها في هذه الجرائم الاثنتي عشرة وتساهلها فى بقية الجرائم وهي تعد بالمئات، وقد يكون عجزه عن الفهم راجعا إلى أنه ينظر إلى عدد هذه الجرائم الاثنتى عشرة ويقارنه بعدد الجرائم الباقية وهي مئات. والواقع أن النسبة بين عدد جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية وبين عدد الجرائم الأخرى هي نسبة ضئيلة جدا ونستطيع أن نصل إلى هذه النسبة على وجه التقريب لو عددنا نصوص قانون العقوبات التى تكلمت عن جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية، وقارناها بعدد النصوص التى تكلمت عن الجرائم الأخرى .

وظاهر من تتبع نصوص قانون العقوبات المصرى أن المواد التى تتكلم عن جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية لا تصل إلى خمسين مادة، بينما النصوص التى تتكلم على الجنايات والجنح تبلغ ثلاث مائة مادة. وهناك قوانين خاصة تعاقب على جنح كثيرة، فلو فرضنا أن نصوصها لا تزيد على ثلاث مائة مادة أيضا وهى في الواقع أكثر من ذلك بكثير، كان عدد الجنايات والجنح داخلا تحت ستمائة مادة، وكانت النسبة بين عدد جرائم الحدود جرائم القصاص والدية وبين بقية الجرائم الأخرى ٨ ٪ وهى نسبة لاشك فى ضآلتها من الوجهة النظرية .

ولكن المرء يستطيع فى يسر وسهولة أن يصل إلى حكمة الشريعة فى تشددها فى جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية، إذا علم أن الجرائم لا تقع بنسبة واحدة، وأن أكثر الجرائم وقوعا وتكرارا هي جرائم الحدود، وجرائم القصاص والدية، وأن معظم الجرائم الباقية نادرة الوقوع وأقلها هو الذى يتكرر ويكثر وقوعه، ولكنه على كل حال لا يصل إلى الدرجة التى تتكرر بها جرائم الحدود والقصاص.

ونستطيع أن ندرك حكمة الشريعة على حقيقتها إذا رجعنا إلى الإحصاءات الجنائية، فإن هذه الإحصاءات تدل دلالة قاطعة على أن جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية هى أكثر الجرائم وقوعا فى الحياة اليومية، وأن هذه الجرائم الاثنتي عشرة لو انقطع وقوعها لما عرف الناس الجريمة ولما شعروا بوقوع الجرائم. ونستطيع أن نتخذ الإحصاءات الجنائية المصرية دليلا على ذلك، فقد بلغ عدد الجنايات ٨١٧٥ جناية في السنة ١٩٤٢-١٩٤٣، منها ١٧٥٢ جناية قتل عمد، ١١١٩ جناية شروع في القتل، ٩٨٩ جناية سرقة بإكراه وشروع فيها، ٢٤٣ جناية هتك

﴿عوده﴾ عرض وفسق، ٣٢٦ جناية ضرب أفضى للموت، ١١٩٦ جناية ضرب نشأ عنه عاهة مستديمة، ٦٣٤جناية عود وكلها تقريبا سرقات، وهذه جميعا من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ومجموعها ٦٢٧٠ جناية ومعنى هذا أن جرائم الحدود والقصاص فى الجنايات تقع بنسبة ٧٦,٦٪ من مجموع الجنايات .

وبلغ عدد الجنح ٢٩٧٥٥٧ جنحة فى سنة ١٩٤٢-١٩٤٣، منها ٩٧٣٢٠ جنحة سرقة، ١٤٨٢٨ جنحة جرح خطأ، ١١٨٢ جنحة قتل خطأ، ٦٠٢٢٣ جنحة ضرب، ٤٠٥ جنحة هتك عرض، ١٩٢٩ جنحة قذف وسب، ٤٦٩٥ جنحة تعد ومقاومة، وهذه كلها من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ومجموعها ١٨١٧٦٢ جنحة، ومعنى هذا أن جرائم الحدود والقصاص فى الجنح تقع بنسبة ٦١٪ من مجموع الجنح تقريبا .

ولو رجعنا إلى ما قبل ذلك بعشر سنوات لوجدنا أن عدد الجنايات بلغ ٦٩٥٧ جناية في سنة ١٩٣٢-١٩٣٣، منها ٥٤٩٦ جناية من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية، فكأن نسبة هذه الجرائم الأخيرة إلى مجموع الجنايات فى هذه السنة ٧٩٪. أما عدد الجنح فقد بلغ ١٥٥٧٥٢ جنحة فى سنة ١٩٣٢-١٩٣٣ من هذا العدد ٩٢٢٥٠ جنحة من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية، فكأن نسبة جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية بالنسبة لمجموع الجنح ٥٩٪ .

وفى سنة ١٩٢٢-١٩٢٣ كان عدد الجنايات ٧٨٣١ جناية منها ٤٧٨٢ جناية من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية فتكون النسبة ٦١٪ من مجموع الجنايات، وفى هذه السنة بلغت الجنح ١٣٢٦١١ جنحة منها ٩٣٩٩٠ جنحة من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية فتكون نسبة الجرائم الأخيرة ٧٠,٨٪ من مجموع جرائم الجنح.

هذا هو منطق الإحصاءات الجنائية التى لا تكذب يقول فى صراحة : إن جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية بلغ متوسطها في عشرين سنة ٧٢,٢٪ من مجموع الجنايات و٦٣,٣٪ من مجموع جرائم الجنح .

وهكذا تبين لنا الإحصاءات بصفة قاطعة أن الشريعة حين احتفلت بجرائم الحدود وجرائم القصاص والدية على قلة عدد هذه الجرائم إنما قصدت أن تقضى على أكثر الجرائم تكرارا وأشدها هولا، أو قصدت على أن تقضى على الإجرام قضاء مبرما.

﴿عوده﴾ والواقع أننا لو رفعنا من الإحصاءات جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية لما بقى في الإحصاءات إلا الجنايات والجنح التافهة أو الاعتبارية التى لا تخل بالأمن ولا تزعزع النظام ولا تؤذى الأخلاق والتى يكفى في ردع مرتكبيها عقوبات التعزير المختلفة .

ونستطيع بعد هذا أن نقول إن الإحصاءات تؤكد ما قلناه من قبل، وهو أن الشريعة وضعت عقوبات جرائم الحدود والقصاص لأغراض ثلاثة: هى : حفظ الأمن، وتثبيت النظام، وصيانة الأخلاق، ولا شك فى أنه إذا سلم للأمة أمنها ونظامها وأخلاقها فقد سلم لها كل شى، ولم يقف في طريق تقدمها ورقيها أى شىء .

۞ 494 – الإحصاءات :

لقد أجهد نفسه فى مراجعة الإحصاءات المصرية التى تؤكد أن أكثر الجرائم التى تقع فى مصر هى من نوع الجرائم التى عنيت شريعتنا بفرض عقوبات مقدرة لها حدا أو قصاصا، واستنتج من ذلك أنه لو طبقت هذه العقوبات لتناقص عدد هذه الجرائم وصلح حال المجتمع.

مبدئيا، نحن نعترف بأننا لا نستطيع مجاراته فيما بذله من جهد وتعب فى مراجعة الإحصاءات والمقارنة والموازنة بينها واستخلاص النتائج منها، لأنه وقف فى دراسته عند إحصاءات عام 42 – 1943 وما قبلها. ولا شك فى أننا لكى نتمم عمله كان يجب علينا أن نستعرض الإحصاءات المتوافرة بعد ذلك التاريخ، وهذا أمر يتجاوز حدود طاقتنا، ولذلك لا نستطيع التعليق على النتائج التى توصل إليها، وندعو الله تعالى أن يوفق غيرنا ممن هو أقدر منا على أن يتولى ذلك ...

﴿عوده﴾ ٤٩٥ *العقوبات الشرعية والتجارب* : وإذا كانت الشريعة الإسلامية قد وضعت عقوباتها لمحاربة الجريمة والإجرام، فإن هذا وحده لا يكفي لإثبات صلاحية الشريعة وتفوقها على القوانين الوضعية، وإنما يجب أن يثبت بعد ذلك أن هذه العقوبات كافية للقضاء على الإجرام، إذ العبرة فى هذا الأمر ليست بالوسائل أو الغايات، وإنما العبرة بكفاية الوسائل لإدراك ما وضعت له من غايات، والقوانين الوضعية نفسها قد قصدت محاربة الإجرام والجريمة ووضعت عقوبات معينة لهذا الغرض ولكنها فشلت في القضاء على الإجرام .

والتجربة وحدها هى التي تبين قيمة الأنظمة الجنائية، ولا عبرة بالمنطق المزوق الذى يصح مرة ويخيب أخرى. ولست آتى بجديد حين أقول هذا، وإنما أكرر ما قاله علماء القوانين الوضعية مجتمعين في اتحاد القانون الدولى، حيث قرروا أن أحسن نظام جنائى هو الذى يؤدى عمليا إلى نتائج أكيدة في كفاح الجريمة، وأن التجارب هي وحدها الكفيلة بإبراز هذا النظام المنشود .

ولقد أبرزت التجارب الحديثة أحسن الأنظمة الجنائية، وتبين أن هذا النظام المنشود هو الشريعة الإسلامية، وكانت التجارب التى امتحنت فيها عقوبات الشريعة على نوعين: كلية، وجزئية .

فأما التجربة الكلية، فقد بدئ بها في مملكة الحجاز من حوالى عشرين عاما حيث طبقت الشريعة الإسلامية تطبيقا تاما، ونجحت نجاحا منقطع النظير في القضاء على الإجرام وحفظ الأمن والنظام، ولا يزال الناس يذكرون كيف كان الأمن مختلا في الحجاز؛ بل كيف كان الحجاز مضرب الأمثال فى كثرة الجرائم وشناعة الإجرام. فقد كان المسافر فيه كالمقيم لا يأمن على ماله ولا على نفسه في بدو أو حضر في نهار أو ليل، وكانت الدول ترسل مع رعاياها الحجاج قوات مسلحة لتأمين سلامتهم ورد الاعتداء عنهم، وما كانت هذه القوات الخاصة ولا القوات الحجازية بقادرة على إعادة الأمن وكبح جماح العصابات ومنعها من سلب الحجاج أو الرعايا الحجازيين وخطفهم والتمثيل بهم. وظل حماة الأمن في الحجاز عاجزين عن حماية الجمهور حتى طبقت الشريعة الإسلامية، فانقلبت الحال بين يوم وليلة، وساد الأمن بلاد الحجاز وانتشرت الطمأنينة بين المقيمين والمسافرين، وانتهى عهد الخطف والنهب وقطع الطريق، وأصبحت الجرائم القديمة أخبارا تروى فلا يكاد يصدقها من لم يعاصرها

﴿عوده﴾ أو يشهدها. وبعد أن كان الناس يسمعون أشنع أخبار الإجرام عن الحجاز أصبحوا يسمعون أعجب الأخبار عن استتباب الأمن والنظام: فهذا يفقد كيس نقوده في الطريق العام فلا يكاد يذهب إلى دار الشرطة ليبلغ حتى يجد كيسه كما فقد منه معروضا للتعرف عليه. وهذا يترك عصاه في الطريق فتنقطع حركة المرور حتى تأتى الشرطة لرفع العصا من مكانها. وهذا يفقد أمتعته وييأس من ردها ولا يبلغ عنها ولكنه يجد الشرطة يبحثون عنه ليردوا إليه ما فقد منه. وبعد أن كان الأمن يعجز عن حفظه قوات عسكرية عظيمة من الداخل وقوات عسكرية كبيرة من الخارج، أصبح الأمن محفوظا بحفنة من الشرطة المحليين .

تلك هى التجربة الكلية وكفى بها دليلا على أن النظام الجنائى فى الشريعة الإسلامية يؤدى عملا إلى قطع دابر الجريمة، وأنه النظام الذى يبحث عنه ويتمناه اتحاد القانون الدولى.

أما التجربة الجزئية، فقد قامت بها أولا إنجلترا وأمريكا ومصر وبعض الدول الأخرى، ثم قامت بها أخيرا كل دول العالم تقريبا. وقد نجحت هذه التجربة الجزئية أيضا نجاحا منقطع النظير. وقد سمينا هذه التجربة بالتجربة الجزئية؛ لأنها جاءت قاصرة على عقوبة واحدة من عقوبات الشريعة وهى عقوبة الجلد. فإنجلترا تعترف بالجلد عقوبة أساسية في قوانينها الجنائية والعسكرية، ومصر تعترف بها فى قوانينها العسكرية، وأمريكا وبعض الدول تجعل الجلد عقوبة أساسية فى الجرائم التى يرتكبها المسجون، ثم جاءت الحرب الأخيرة فقررت كل الدول تقريبا عقوبة الجلد على جرائم التموين والتسعير وبعض الجرائم الأخرى الماسة بالنظام أو الأمن العام. وهذا اعتراف عام عالمى بأن عقوبة الجلد أفعل من أى عقوبة أخرى، وأنها الوحيدة التى تكفل حمل الجماهير على طاعة القانون وحفظ النظام، وأن كل عقوبات القوانين الوضعية لا تغنى عن عقوبة الجلد شيئا فى هذا الباب. وهذا الاعتراف العالمى هو في الوقت نفسه اعتراف بنجاح الشريعة الإسلامية فى محاربة الجريمة؛ لأن عقوبة الجلد هى إحدى العقوبات الأساسية في الشريعة .

٤٩٦ *العقوبات الشرعية وطبيعة الإنسان*: هذه هى التجارب قاطعة في أن عقوبات الشريعة الإسلامية تؤدى عملا إلى نتائج أكيدة فى كفاح الجريمة، وأن أى نظام جنائى

<عوده> وضعى يعجز عن الوصول إلى بعض النتائج التى يصل إليها نظام الشريعة الجنائى. ولعل السر فى نجاح الشريعة أن عقوباتها وضعت على أساس طبيعة الإنسان. ففي طبيعة الإنسان أن يخشى ويرجو، وهو لا يأتى أى عمل إلا بقدر ما ينتظر من منافعه، ولا ينتهى عن عمل إلا بقدر ما يخشى من مضاره. فالإنسان لا يلقى بنفسه من القطار وهو متحرك ولو كان له مصلحة فى ذلك ما دام يخشى أن يموت، ولكنه لا يمتنع عن إلقاء نفسه من الترام أو من على ظهر دابته إذا كان له فى ذلك مصلحة؛ لأنه يرجو الوصول إلى منفعته ولا يخشى من وراء عمله ضررا ذا بال. والمرء قد يخاف ركوب الطائرة ولا يخاف ركوب السيارة، ويخشى أن يصعد الجبل الشديد الانحدار ولا يخاف تسلق التل المنبسط، ويخشى أن يركب الفرس الجموح، ولكنه يسعى إلى امتطاء المطية الذلول. والإنسان في هذا كله يقدر المنفعة والضرر ويوازن بينهما، فإن رجحت كفة المنفعة فهو مقدم عليها، وإن رجحت كفة الضرر فهو محجم عنه. وطبيعة الإنسان تلازمه فى الخير والشر، في الأعمال المباحة والأعمال المحرمة، فلا يرتكب الجريمة إلا لما ينتظره منها من منفعة، ولا ينتهى عن الجريمة إلا لما يخشاه من مضارها. فكلما اشتدت العقوبة، ابتعد الناس عن الجريمة، وكلما خفت العقوبة، ازداد إقبالهم على الجريمة. وكلما نظرنا إلى جريمة دون المجرم أيس المجرم فلم يطمع فى استعمال الرأفة ونأى بجانبه عن الجريمة وسلك طريق الاستقامة.

وقد استغلت الشريعة طبيعة الإنسان، فوضعت على أساسها عقوبات الجرائم عامة وعقوبات جرائم الحدود والقصاص خاصة. ونظرت في الجرائم الأخيرة إلى الجريمة دون المجرم؛ لأن هذه الجرائم من الخطورة بمكان، ولأنها تمس كيان الجماعة ونظامها، فالتساهل فيها يؤدى إلى أسوإ النتائج، والتشدد فيها يؤدى إلى قلة وقوع هذه الجرائم .

ولدينا تجربة في القانون المصرى تثبت أن إهمال شخصية المجرم فى الجرائم الخطيرة يؤدى إلى أفضل النتائج. فقد رأى الشارع المصرى أخيرا أن يهمل شخصية الجانى إلى حد ما في جرائم المخدرات. فأصدر القانون رقم ٢١ لسنة ١٩٢٨وهو قانون يشدد عقوبة إحراز المخدرات ويضع حدا أدنى للعقوبة كما يقضى بألا تقل العقوبة عن ضعف الحد الأدنى فى حالة العود ويمنع إيقاف تنفيذ العقوبة. وقد ترتب على صدور هذا القانون أن قلت جرائم المخدرات قلة ظاهرة، وصارت تقل سنة بعد

<عوده> أخرى. فقد كان عدد جرائم المخدرات ٢١١١٣ جريمة في سنة ١٩٢٦- ١٩٢٧ أي في السنة السابقة على صدور القانون، فأصبحت ١١٤٠٤ جريمة في سنة ١٩٢٨ - ١٩٢٩، وأصبحت ٨٥٩٩ جريمة في سنة ١٩٢٩ - ١٩٣٠ ونزلت إلى ١٩٢٢ جريمة في ١٩٣٦ - ١٩٣٧ كما نزلت إلى ١٦٢٨ جريمة في سنة ١٩٤٢ - ١٩٤٣. وهذا الإحصاء المادى شاهد عدل على أن إهمال شخصية المجرم فى الجرائم الخطيرة هو العامل الأول في محاربة الجريمة، وأن نظرية الشريعة الإسلامية في العقوبة هى النظرية المثلى. بل إن هذا الإحصاء في ذاته دليل قاطع على تجربة أخرى ناجحة لنظرية الشريعة فى العقوبة.

۞ 495، 496 – تجربة المملكة السعودية والعودة للجلد فى بعض البلاد وعنصر الزجر فى الحدود والقصاص

يستدل على صلاحية التشريع الجنائى الإسلامى، ونجاحه فى إصلاح المجتمع وتوفير الأمن والأمان والاستقرار للناس، بما حدث فى الجزيرة العربية عندما نجحت المملكة السعودية فى فرض العقوبات الشرعية، مما أدى إلى القضاء على حالة الفوضى واختلال الأمن الذى قاسى منه الناس جميعا وبخاصة حجاج بيت الله الحرام فى الفترة السابقة على انتشار المذهب الوهابى ونجاح السعوديين فى تأسيس المملكة العربية السعودية التى استولت على الحجاز وطبقت فيه العقوبات الجنائية الشرعية بحزم وجدارة، مما أدى إلى ما شهد به الجميع من تناقص الجرائم؛ بل وصلت إلى حد التلاشى، وبذلك أصبح المجتمع هناك أقل مجتمعات العالم فى عدد الجرائم، بشهادة الجميع .

يضيف لذلك ما يسميه "تجارب جزئية" حيث يؤكد أن بعض القوانين الوضعية قد بدأت تعود إلى فرض عقوبة الجلد – بدلا من السجن والحبس – ويذكر دليلا على ذلك ما حدث فى بريطانيا التى تطبقها فى القوانين العسكرية، وأمريكا ودولا أخرى التى تطبقها داخل السجون لتأديب المساجين. وأخيرا فى أثناء الحرب العالمية الثانية اضطرت كثير من الدول – ومن بينها مصر – إلى فرض عقوبة الجلد بأوامر عسكرية لمقاومة جرائم التموين والتسعير وأمثالها ... ويستشهد بذلك على صلاحية عقوبة الجلد، التى يَعُدُّها العقوبة الأساسية فى مجال التعازير وفى نطاق الجرائم الخطيرة من هذا النوع .

* * *

وهو يرى أن السر فى نجاح العقوبات الشرعية هو أنها تعالج الطبيعة البشرية التى تحتاج إلى قدر كبير من الزجر بالعقوبة المشددة فى الجرائم الخطيرة التى توجد فى النفس البشرية نوازع فطرية تغرى بعض الأفراد على ارتكابها إذا لم يوجد زاجر كاف يبعدهم عنها، ولذلك، قررت لها شريعتنا عقوبات الحدود والقصاص .

الفصل السادس

العقوبات فى القانون المصرى ومدى صلاحيتها

<عوده> ٤٩٧ـ *أنواع العقوبات*: تختلف أنواع العقوبات في القانون المصرى باختلاف الجرائم. وقد قسم القانون المصرى الجرائم ثلاثة أقسام، وجعل جسامة الجريمة أساسا لهذا التقسيم، فأجسم الجرائم تدخل تحت القسم الأول وتسمى جنايات، وأقلها جسامة تدخل تحت القسم الثانى وتسمى جنحا، والجرائم التافهة تدخل تحت القسم الثالث وتسمى مخالفات. وجعل القانون لكل قسم من هذه الأقسام الثلاثة عقوبات خاصة. فعقوبات الجنايات هى الإعدام والأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة والسجن. وعقوبات الجنح هى الحبس والمراقبة والغرامة. وعقوبات المخالفات هى الحبس والغرامة. والفرق بين الحبس فى الجنح وبينه فى المخالفات أنه لا يزيد فى المخالفات على سبعة أيام وقد يصل فى الجنح إلى ثلاث سنوات. والفرق بين الغرامة فى الجنح وبينها فى المخالفات أنها لا تزيد فى المخالفات على مائة قرش وتزيد على ذلك فى الجنح.

وعقوبة الإعدام هى إزهاق روح المحكوم عليه، وتختلف قوانين البلاد المتمدينة فى كيفية تنفيذ العقوبة، ففى بعض البلاد تنفذ بالشنق كما هو الحال في مصر، وفى بعضها تنفذ بقطع الرقبة بآلة حادة كما فى فرنسا، وبعضها ينفذ العقوبة بصعق المحكوم عليه بتيار كهربائى كما في الولايات المتحدة الأمريكية .

وعقوبة الأشغال سواء كانت مؤبدة أو مؤقتة هى وضع المحكوم عليه فى محبس مع تشغيله فى أشق الأشغال التى تعينها الحكومة (المادة ١٤ من قانون العقوبات). وإذا كان المحكوم عليه امرأة أو رجلا جاوز الستين من العمر استوفيت العقوبة في أحد السجون العمومية (المادة ١٥ عقوبات)، والسجن العمومى هو السجن الذى يقع فى دائرة المديرية.

أما عقوبة السجن فهى وضع المحكوم عليه فى أحد السجون العمومية وتشغيله داخل السجن أو خارجه فى الأعمال التى تعينها الحكومة (المادة ١٦ عقوبات) .

ولا يجوز أن تنقص عقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن عن ثلاث سنوات كما لا يجوز أن تزيد على خمس عشرة سنة إلا بنص (م١٤، ١٦ عقوبات).

﴿عوده﴾ وعقوبة الحبس هى وضع المحكوم عليه فى أحد السجون المركزية أو العمومية. ولا تنقص عقوبة الحبس عن أربع وعشرين ساعة ولا تزيد على ثلاث سنوات إلا بنص. والحبس إما أن يكون مع الشغل أو بسيطا، فإن كان مع الشغل اشتغل المحكوم عليه داخل السجن أو خارجه فى الأعمال التى تعينها الحكومة.

ويمكن القول بأن عقوبة الأشغال الشاقة مؤبدة أو مؤقتة وعقوبة السجن وعقوبة الحبس هى كلها في جوهرها عقوبات حبس يتفاوت فى مدته أكثر مما يتفاوت فى نوعه. أما اختلاف العمل الذى يزاوله المحكوم عليه من حيث مكان العمل أو قسوته فلا يغير من طبيعة الحبس شيئا، وعلى هذا الأساس تكون العقوبات الجنائية التي يعترف بها القانون المصرى هى الإعدام والحبس والمراقبة والغرامة .

وكان القانون المصرى يعترف بعقوبة الجلد ويخصصها للأحداث حتى سنة ١٩٣٧م، فلما عدل القانون فى هذه السنة استبدلت بتلك العقوبة عقوبة التوبيخ.

كذلك كان القانون المصرى يعترف وقت وضعه بعقوبة النفى مؤبدة ومؤقتة، فلما عدل فى سنة ١٩٠٤ ألغيت هذه العقوبة بحجة أن سهولة المواصلات أضعفت من أثر العقوبة الملغاة، ولكن الرأى يتجه أخيرا إلى إعادة عقوبة النفى. بل لقد اضطرت الحكومة إلى فرض عقوبة النفى الإدارى إلى الطور فى بدء الحرب الأخيرة فى سنا ١٩٤٠. كما فرضت الجلد عقوبة لمخالفة الأوامر العسكرية الخاصة بالتموين والتسعير وظل الحال كذلك حتى انتهت الحرب .

ومن العقوبات الأساسية فى القانون المصري، عقوبة الإرسال إلى الإصلاحية، وهي خاصة بمعتادى الإجرام وبالأحداث، وهذه العقوبة فى جوهرها حبس وإن اختلف نظام الإصلاحيات عن نظام السجون.

❁ 497 – أنواع العقوبات "الوضعية" :

يستعرض أنواع العقوبات التى يفرضها القانون الجنائى الوضعى المطبق فى مصر بعد تعطيل التشريع الجنائى الشرعى .

وأهم ما ينتقده هو اعتماد هذا النظام على عقوبة الحبس (بأنواعها المختلفة من سجن وأشغال شاقة، وإصلاحيات) بدلا من عقوبة الجلد التى يراها أصلح من الحبس من عدة وجوه حرص على تفصيلها. ويرى أن التشريع الوضعى كان يعترف بالضرب أو الجلد كعقوبة للأحداث، لكنها استبعدت فى عام 1937 لتحل محلها عقوبة "التوبيخ" .

كذلك عدل القانون المصرى عن عقوبة النفى فى قانون 1904. وإن كانت الحكومة قد اضطرت فى أثناء الحرب لفرض ما يسميه عقوبة النفى الإدارى إلى "الطور" وذلك بواسطة الأحكام العسكرية أو إنشاء معتقلات أو سجون فى تلك الأماكن النائية، مما حول الاعتقال والسجون إلى نفى لمن عَدَّتْهم بعض النظم معارضين لها، وبعد ذلك أنشأت معتقلات وسجونا فى الواحات ووادى النطرون وغيرها.

إن كثيرين يوافقونه على نقد عقوبات الحبس، ويشكون من سوء نتائجها، ويتمنون أن يجدوا بديلا عنها .

والبديل الذى يقترحه هو الجلد أو الضرب ، ولكن كثيرين يترددون فى عَدِّه أصلح من الحبس. ونرى أنه لا بد من جرأة وإقدام لوضع اقتراحه موضع التنفيذ . والتجربة هى التى تفصل فى هذه المشكلة .

﴿عوده﴾ ٤٩٨ *سلطة القاضى فى تطبيق هذه العقوبات* : وقد نص القانون ع
جريمة وعلى العقوبة المقررة لها، وحين اختيرت العقوبة لكل جريمة روعى
تكون مناسبة للجريمة، وجعل الشارع لكل جريمة عدا الإعدام والتوبيخ
أحدهما يصعد بالعقوبة إلى أعلى درجاتها، والثانى: ينزل بها إلى أدنى هذه الد
وفى أغلب الأحوال جعل الشارع لكل جريمة عقوبتين إحداهما أخف من الأخ

وأعطى القانون للقاضى سلطة واسعة فى تطبيق العقوبات التى قررت لا
فترك للقاضى أن يختار العقوبة الملائمة إذا كان هناك أكثر من عقوبة، وأن ‍
بين حديها الكمية التى يراها كافية لتأديب المجرم .

ثم أعطى القانون بعد ذلك القاضى الحق فى أن يستبدل بالعقوبة أو با
المقررتين للجريمة عقوبة أخرى أخف منهما إذا اقتضت ظروف الجريمة الرأفة
استعمال هذا الحق على جرائم الجنايات دون غيرها. فللقاضى أن يستبدل
الإعدام عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة. وله أن يستبدل بعقوبة
الشاقة المؤبدة عقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن، وله أن يستبدل
الأشغال الشاقة المؤقتة عقوبة السجن أو الحبس، وله أن يستبدل بعقوبة
عقوبة الحبس (المادة ١٧ عقوبات) .

وأعطى القانون أخيرا لقاضى الإحالة الحق فى أن يحيل بعض الجنايات إلى
الجنح لتحكم فيها لا بالعقوبات المقررة للجنايات وإنما بعقوبة الحبس فقط
للجنح. وليس على قاضى الإحالة قيد فى تجنيح الجنايات ما دامت مقتر
قانونى معين أو بظروف مخففة تبرر تطبيق عقوبة الجنحة، وما دامت عقوب
الأصلية ليست الإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة. والنتيجة العملية للسلطا
لقاضى الإحالة هى استبدال عقوبة الحبس المقررة للجنح بعقوبتى الأشغال
المؤقتة والسجن فى كل جناية تحال إلى محكمة الجنح، وهى نتيجة تتفق مع
التى تؤدى إليها المادة ١٧ عقوبات .

وللقاضى بعد هذا كله أن يأمر بإيقاف تنفيذ العقوبة إذا كانت بالحبس
تزيد على سنة، إذا رأى من أخلاق المحكوم عليه أو ماضيه أو سنه أو الظرو
ارتكبت فيها الجريمة ما يبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى مخالفة القانو
٥٥ عقوبات).

<عوده> ٤٩٩- *العلة فى منع القاضى لهذا السلطان* : وقد اضطر واضعو القانون اضطرارا إلى إعطاء القاضى هذا السلطان الواسع؛ لأنهم رأوا العلماء يخفقون فى وضع نظرية علمية للعقوبة ويعجزون عن التوفيق بين مختلف المبادئ التى يراد أن تقوم عليها هذه النظرية، فآثروا أن يحلوا هذه المشكلة المعقدة حلا عمليا، وتركوا للقاضى من بعد التسليم بهذه المبادئ وإقرار نصوص القانون لها أن يوفق هو بين هذه المبادئ المتعارضة، وأن يراعى مختلف الاعتبارات، فعليه أن يقدر خطورة الجريمة وأثرها فى الجماعة، وعليه أن يقدر ظروف المتهم الشخصية، وظروفه التى أحاطت به وقت ارتكاب الجريمة، وصلحه مع المجنى عليه وصلته به، فإن رأى أن ظروف الجريمة والجماعة تقتضى إهمال شخصية الجانى أهملها وشدد العقوبة. وإن رأى أن ظروف الجانى تقتضى الرأفة أخذ الجانى بالرأفة مادامت الرأفة لا تضر بالجماعة .

وكان المفروض أن ينجح القضاة فيما أخفق فيه العلماء؛ لأن القاضى يراد منه أن يعالج حالات فردية واحدة بعد واحدة غير متأثر إلا بظروف هذه الحالة وحدها؛ أما العلماء، فيراد منهم أن يعالجوا كل الحالات مرة واحدة ويضعوا لها قواعد عامة تنطبق عليها وتحكمها جميعا. كان هذا هو المفروض المقدور، فهل صح الفرض ونجح التقدير أم أخفق القضاة كما أخفق من قبلهم العلماء؟ إن مقياس النجاح فى هذا الباب هو أثر العقوبة فى علاج الجريمة وكبح جماح المجرمين، ونظرة واحدة إلى إحصاءات الجرائم سنة بعد أخرى تقطع بأن القضاة قد أخفقوا إخفاقا لا يساويه إلا إخفاق من سبقهم من العلماء فى معالجة نظرية العقوبة .

إنه ينتقد بشدة ما سار عليه المشرع الوضعى من توسيع سلطة القاضى فى تخفيف العقوبات عندما يرى أن ظروف المتهم تستحق الرأفة .

وأول أساليب التخفيف هى تطبيق مبدإ "ظروف الرأفة" فى الجنايات الذى يبيح للقاضى أن يستبدل بالعقوبة المقررة للجناية ما هو أخف منها، بل أعطى لقاضى الإحالة ذاته سلطة "تجنيح الجنايات" إذا رأى أن عقوبة الجنحة كافية (المادة 7 عقوبات) .

يضاف لذلك إعطاء القاضى حق الأمر بوقف تنفيذ العقوبة المحكوم بها لتصبح مجرد عقوبة تهديدية لا تنفذ إلا إذا أثبت أن المحكوم عليه قد عاد إلى الانحراف فى فترة معينة .

ونحن نرى أن وقف التنفيذ هو وسيلة عملية ومشروعة لحث المحكوم عليهم على التوبة التى عنيت شريعتنا الإلهية بتوسيع نطاق آثارها .

أما الظروف المخففة، فلا نعتقد أن قضاءنا قد أسرف فيها، بل إنها تفيد فى توسيع سلطة القضاء، وهو مبدأ أساسى فى شريعتنا فى نطاق التعازير بصورة لم تصل إليها القوانين الوضعية. وشريعتنا سبقت جميع القوانين فى توسيع سلطة القضاء. والفرق الوحيد بيننا وبين أسلافنا أنهم كانوا يفترضون أن يكون القاضى مجتهدا، وهو ما لم يعد ممكنا فى عصرنا.

* * *

وإذا كان يرى أن القانون الوضعى قد تخلى عن وظيفته فى تحديد العقوبة وترك الأمر للقضاة، الذين يفضلون دائما استعمال الرأفة، ويسرفون فى ذلك حتى إنهم فى كثير من الأحيان يعطلون نصوص القانون التى تفرض العقوبة وتقدرها، فإنه نسى أن أسلافنا سبقوا لذلك بترك التعازير للقضاء.

وقوله هذا هو حجة لنا فيما قلناه بشأن ضرورة تقنين التعازير. وإذا كان يرى أن القضاة قد أخفقوا فى الالتزام بفرض العقوبات الكافية لردع المجرمين التى قررتها القوانين الوضعية، فلا شك فى أن تطبيق ما جرى عليه الفقه من إطلاق سلطة القضاة فى التعزير سيؤدى إلى نتائج أسوأ وأخطر، إذا لم نقم بتقنين التعازير الذى قلنا فيما سبق إنه أصبح ضرورة فى عصرنا الحاضر، وها هو ذا يقدم لنا الدليل على ذلك.

❁ لا نوافقه فى انتقاده لتوسيع سلطة القضاة، ومع ذلك فإن نقده يؤيد دعوتنا للتقنين الشرعي:

وكما قلنا من قبل، فإننا لا نوافق على القول بأن استعمال القضاة لسلطتهم فى تخفيف العقوبات سواء بوقف تنفيذ عقوبة الحبس أو بأن يستبدل بعقوبات الجنايات ما هو أخف منها، لا ندعى أن هذا التخفيف هو الذى أحدث النتائج السيئة لسياسة العقوبات الوضعية، بل نميل أكثر إلى ما قاله عن مساوئ السجون التى تفسد المحكوم عليهم وتفتح لهم باب الإجرام. فسوء تنفيذ العقوبات هو السبب فيما يشكو منه، وليس تخفيفها كما نفهم من أقواله هنا وفى البند السابق .

﴿عوده﴾ ٥٠٠ ـ *لماذا أخفق القضاة فى تطبيق نظرية العقوبة؟* والواقع أن الذين قدروا للقضاة النجاح أخطأوا التقدير الصحيح، ولو أنهم أحسنوا تقدير الأمور بعض الشيء لما وقعوا فى هذا الخطإ الشنيع. لقد عرفوا أن العلماء عجزوا عن تكوين نظرية سليمة للعقوبة؛ لأنهم أرادوا أن يجمعوا بين مبادئ متعارضة ويجعلوها ماثلة فى كل العقوبات، فكيف يتوقعون نجاح القضاة وهم يجبرونهم على أن يسلكوا نفس السبيل حين أباحوا لهم أن يراعوا كل هذه المبادئ فى كل جريمة دون استثناء؟ وهل يستطيع القاضى أن يوفق فى أى جريمة خطيرة بين خطورة الجريمة وبين ظروف الجانى المخففة إلا على حساب الجريمة بأن ينزل عن العقوبة التى تقتضيها خطورة الجريمة ليحكم بعقوبة تتلاءم مع ظروف الجانى بقدر الإمكان؟ وهذا الحكم الذى ينقذ الجانى من العقوبة المغلظة يضحى فى الوقت نفسه بأمن الجماعة ونظامها، ويؤدى إلى نتيجة لامحيص عنها هى استخفاف المجرمين بالعقوبة وتهالكهم على الجريمة، فتزداد الجرائم ويختل الأمن، فالعقوبة التى وضعت لصلاح المجتمع تؤدى إلى إفساده إذا ما أسيء استعمالها، ولا بد للقاضى أن يسيء استعمالها على الوجه الذى بينا بحكم الظروف القاهرة التى أحاطه بها القانون الوضعى.

لقد رتب القانون تخفيف العقوبة على ظروف الجانى، فهل يصعب فى أى جريمة مهما كانت خطورتها ألا نجد لجان عذرا مخففا؟ فتارة الجانى شاب يافع، وتارة هو متقدم فى السن، وتارة دفعته للجريمة الغيرة على الشرف والعرض، وتارة استفز لارتكاب الجريمة، وتارة وقع تحت مؤثرات قوية، وتارة دفعتة للجريمة عقيدته السياسية أو الوطنية، إلى غير ذلك من الأعذار التى لاتفرغ منها جعبة الجناة والمدافعين عنهم. وهل يستطيع القاضى أن يصم أذنيه فلا يسمع دفاعا، ويغلق قلبه فلا يرحم ضعيفا، ويوقف عقله فلا يفكر فى ظروف المتهم، ولا يقدر خصوصا إذا أحكم ترتيبها وأحسن عرضها؟ صحيح أن القانون أجاز للقاضى أن يأخذ بظروف الرأفة ولم يلزمه بها، ولكن هذا الجواز بالنسبة للقاضى يساوى تماما الإلزام بل هو عين الإلزام لأن الاعتراف بالظروف المخففة وترتيب أثر قانونى لها هو بمثابة تقرير حق الجانى قبل القاضى أساسه هذه الظروف المخففة، فأى قاض يستطيع أن ينكر على الجانى حقه، أو يستطيع ألاَّ يرتب على دفاعه إذا صح أثره؟

وإذا كان واضعو القانون قد غلب على ظنهم نجاح القضاة؛ لأنهم سيعالجون حالات فردية فذلك هو الظن المجرد، وإن الظن لا يغنى عن الحق شيئا. فالقاضى يعالج

〈عوده〉 حقيقة الحالات فرادى، ولكنه يعالجها على نفس الأساس الذى كان يعالج به العلماء نظرية العقوبة، فالعلماء ينظرون إلى الجريمة وإلى المجرم معا، والقاضى ينظر إلى الجريمة والمجرم معا، والعلماء لا يريدون أن يضحوا بأحد هذين الاعتبارين أحيانا فى سبيل الاحتفاظ بالآخر، والقاضى يفعل مثلهم ولا يستطيع أن يضحى بأحد الاعتبارين ويستبقى الآخر، فيؤدى به موقفه إلى أن يضحى بهما معا وبمصلحة الجماعة وأمنها فى أغلب الأحوال .

ولقد نسى من وضع هذا السلطان العظيم فى يد القضاة أنهم بشر، وأن فى طبيعة البشر التهرب من حمل المسئولية، وأن الإنسان إذا خير بين مسئوليات سارع إلى حمل أخفها كما يسارع إلى الابتعاد عن أثقلها، ولا يتعرض لحمل المسئوليات الثقيلة إلا كارها أو مضطرا حين لا يجد بدا من حملها أو لا يجد مخرجا لتركها. فالقاضى يشعر عادة بثقل مسئوليته حين يفكر فى الحكم بالإعدام وتنفر نفسه غالبا من مثل هذا الحكم ولا يقدم عليه ما دام يستطيع أن يستبدل بالإعدام الأشغال الشاقة. وكذلك ينفر من الحكم بالأشغال الشاقة ويشعر بثقله على نفسه طالما كان فى استطاعته أن يحكم بالسجن أو بالحبس. وقد يضايق القاضى أن يحكم على شخص ما لظروفه بالحبس مع النفاذ، ولكنه لا يرى غضاضة فى الحكم عليه بالحبس مع إيقاف تنفيذ العقوبة. كذلك لا ينفر القاضى ولا يتردد أن يحكم بعقوبة ما أيا كان نوعها إذا لم يكن يستطيع أن يختار غيرها أو يستبدل بها أخف منها، وليس القاضى بدعا فى هذا، وإنما هى طبيعة الإنسان لا تتغير حتى يتغير تكوينه، فمن طلب منه أن يأتى بما ليس فى طبيعته فقد طلب المحال وباء بالخسران والخبال .

٥٠١ـ *فشل واضعى القانون فى علاج مشكلة العقاب ومظاهره*: ونستطيع أن نتبين مما سبق أن واضعى القانون قد أخفقوا إخفاقا ذريعا حين أرادوا معالجة مشكلة العقاب علاجا عمليا عن طريق القضاء، ويتمثل هذا الإخفاق فى مظهرين لكل منهما أهميته وأثره، وهما:

أولا: تعطيل العقوبات الأصلية: ترتب على إعطاء القضاة السلطان التام فى اختيار العقوبة، واستبدال غيرها بها أن تعطلت العقوبات التى وضعت أصلا للجرائم بحيث أصبحت فى حكم الملغاة؛ لأن القاضى كما قلنا لا يلجأ إلى التشديد إلا إذا سد أمامه

﴿عوده﴾ باب التخفيف، ويندر أن يغلق دونه هذا الباب، ولا يطبق القاضى الع
الأصلية طالما استطاع أن يطبق العقوبة الاحتياطية وهو لا يكاد يعجز عن ذلك
كل الأحوال.

فعقوبة الإعدام وهى مقررة لحوالى عشرين جريمة يندر تطبيقها الآن، مع أن -
القتل وهى إحدى الجرائم العشرين التى يعاقب عليها بالإعدام، تقع بمعدل
جرائم يوميا، خمس منها جرائم تامة وأربع منها تقف عند الشروع. وفى سنة ٦"
-١٩٣٧ كانت جرائم القتل و الشروع فيه ٣٠٩٣ جريمة وفى سنة ١٣٨
١٩٣٩ بلغت ٣٢١١ جريمة، فهى على خطورتها تزداد عاما بعد عام، وهذه ال
سبب يدعو إلى التشدد فى تطبيق عقوبة الإعدام وإن كانت خطورة الجريمة فى
أدعى إلى هذا التشدد دون نظر إلى غير ذلك من العلل والأسباب .

ولكن الإحصاءات وا أسفاه ترينا مالا يراه العقل وتنتهى بنا إلى غير ما ينتهى
منطق الأشياء، ترينا أن جرائم القتل تزداد باستمرار، والأحكام الرادعة
باستمرار. ففى سنة ١٩٣٦-١٩٣٧[1] فصلت محاكم الجنايات بالإدانة فى ،
قضية قتل من الأنواع التى يجب فيها الحكم بالإعدام، وكان عدد المتهمين فى
القضايا ٢٢٢ شخصا، ولكن محاكم الجنايات لم تحكم بالإعدام إلا على ١٧ ش
فقط واستبدلت للباقين بعقوبة الإعدام عقوبات أخرى. ومعنى ذلك أن ،
الإعدام لم تطبق فى القضايا التى تجب فيها إلا بنسبة ٧,٦٪ . وفى سنة ٣٧
١٩٣٨ قضت محاكم الجنايات بالإدانة فى ١٢٧ قضية قتل من الأنواع التى
فيها الحكم بالإعدام، وكان عدد المتهمين فى هذه القضايا ١٨١ شخصا حكم
ستة عشر شخصا منهم بالإعدام واستبدلت للباقين بعقوبة الإعدام عقوبات أ-
ومعنى ذلك أن عقوبة الإعدام لم تطبق فى القضايا التى تجب فيها إلا بنسبة ٨,
وفى سنة ١٩٣٨-١٩٣٩ قضت محاكم الجنايات بالإدانة فى١٥٠ قضية قت
الأنواع التى يجب فيها الحكم بالإعدام، وكان عدد المتهمين فى هذه القضايا
أشخاص حكم على تسعة أشخاص فقط من هؤلاء بالإعدام واستبدلت للباقين عة

---

(١) هذا الإحصاء وما يليه مأخوذ من الإحصاء القضائى السنوي لوزارة العدل، وليس لنا فيه إلا استخراج النس
المئوية .

⟨عوده⟩ مخففة بعقوبة الإعدام، أى: أن عقوبة الإعدام لم تطبق فى القضايا التى تجب فيها إلا بنسبة ٤,٣٪. وفى سنة ١٩٣٩-١٩٤٠ قضت محاكم الجنايات بالإدانة فى ١٤٨ قضية قتل من الأنواع التى يجب فيها الحكم بالإعدام، وكان عدد المتهمين فى هذه القضايا ١٩٥ شخصا حكم على ستة منهم فقط بالإعدام واستبدلت بعقوبة الإعدام عقوبات مخففة للباقين، أى: أن عقوبة الإعدام لم تطبق فى القضايا التى تجب فيها إلا بنسبة ٣,١٪ .

فمتوسط نسبة الأحكام التى قضت بعقوبة الإعدام في هذه السنوات الأربع المتتالية هى ٥,٩٪. وضآلة هذه النسبة وتفاهتها ترجع إلى أنها تحدد أحكام الإعدام لا فى جرائم القتل بصفة عامة، ولكن فى الجرائم التى يوجب فيها القانون الحكم بعقوبة الإعدام دون غيرها.

ولا يظن أحد أن نسبة أحكام الإعدام كانت مرتفعة فى القديم، فإن الإحصاءات تدل على أن هذه النسبة كانت ٥,٧٪ فى سنة ١٩٢٦-١٩٢٧، وأنها كانت فى السنة التالية لها ٢,٩٪. ويالها من نسبة قمينة بأن تحيل النظام فسادا والأمن خوفا، ولعل واضع القانون لم يدر بخلده يوما ما أن يصل إلى هذه النتيجة، ولو أنه توقعها لما سمح باستبدال العقوبات المخففة بالعقوبات المشددة .

ولعل فيما سبق الدليل الكافى على أن عقوبة الإعدام معطلة، وأنها تكاد تكون حبرا على ورق يعترف بها القانون وينكرها الواقع .

وما قيل عن عقوبة الإعدام يمكن أن يقال عن عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة، فإنها لاتكاد تطبق كعقوبة أصلية، وإنما تطبق بدلا من عقوبة الإعدام .

وإذا راجعنا إحصائيات العقوبات الصادرة من محاكم الجنايات فى سنة ١٩٣٦-١٩٣٧، نجد أن مجموع المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة المؤبدة ١١٤ شخصا، من هؤلاء تسعة عشر شخصا حكم عليهم بالأشغال الشاقة المؤبدة كعقوبة أصلية، أما الباقون فعقوباتهم مستبدلة بعقوبة الإعدام. وفى سنة ١٩٣٧- ١٩٣٨ كان المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة المؤبدة ١٢١ شخصا من هؤلاء ٤٨ شخصا عقوبتهم أصلية والباقون عقوبتهم مستبدلة بالإعدام. وفى سنة ١٩٣٨- ١٩٣٩ كان عدد المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة المؤبدة ١١٤ شخصا من هؤلاء ٣٣ شخصا عقوبتهم أصلية والباقون عقوبتهم مستبدلة بالإعدام. وفى سنة ١٩٣٩- ١٩٤٠ كان المحكوم عليهم

<عوده> بالأشغال الشاقة المؤبدة ١٢٣ شخصا من هؤلاء ٣١ شخصا عقوبتهم أصلية والباقون عقوباهم مستبدلة بالإعدام .

ولا تكاد محاكم الجنايات تحكم بالأشغال الشاقة المؤبدة كعقوبة أصلية إلا فى القتل الذى لم يقترن بظروف، وإلا فى بعض جرائم الشروع فى القتل المعاقب عليه بالإعدام. أما بقية الجنايات الأخرى فيندر أن يحكم فيها بعقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة، فمثلا تدل الإحصاءات على أنه لم يحكم بالأشغال الشاقة المؤبدة فيما بين ١٩٣٦- ١٩٣٧ وبين ١٩٣٩- ١٩٤٠ إلا من أجل القتل والشروع فيه فيما عدا خمسة أشخاص حكم عليهم فى كل هذه المدة لسرقات .

ومن السهل أن نبين نسبة تطبيق عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة كعقوبة أصلية فى جرائم القتل الذى لم يقترن بظروف. ففى سنة ١٩٣٦- ١٩٣٧ كانت ٧,٨٪، وفى سنة ١٩٣٧-١٩٣٨ كانت ١٥,٧٪، وفى سنة ١٩٣٨- ١٩٣٩ كانت ٨,٩٪. وفى سنة ١٩٣٩- ١٩٤٠ كانت ١٢,٩٪، ومتوسط النسبة فى السنوات الأربع هو ١١,٣٪ .

ولكن من الصعب أن نبين النسبة فى جرائم الشروع؛ لأن الإحصاءات تجمل عدد القضايا ولا تبين ما تجب فيه عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة وما لاتجب فيه. ولا نعتقد أنها تزيد على النسبة فى جرائم القتل، بل إنها قد تقل عنها كثيرا، ففى سنة ١٩٣٦- ١٩٣٧ مثلا حكم على ٤٣٨ شخصا فى جرائم الشروع فى القتل من هؤلاء أربعة فقط حكم عليهم بالأشغال الشاقة المؤبدة .

أما النسبة فى جرائم السرقة، فهى تكاد تكون معدومة، ففى سنة ١٩٣٦- ١٩٣٧ أدين ١٢٨ شخصا، كان يجب أو يجوز طبقا لنص القانون أن يحكم عليهم بالأشغال الشاقة المؤبدة، ولكن لم يحكم على أحد منهم بهذه العقوبة، وفى سنة ١٩٣٧- ١٩٣٨ أدين ١٢٤ شخصا منهم اثنان فقط هما اللذان حكم عليهما بعقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة كعقوبة أصلية أى : بنسبة ١,٦٪، وفى سنة ١٩٣٨- ١٩٣٩ عوقب ١٤٧ شخصا منهم ثلاثة فقط هم الذين حكم عليهم بالأشغال الشاقة المؤبدة كعقوبة أصلية أى بنسبة ٢٪. وفى سنة ١٩٣٩-١٩٤٠ عوقب ١٤٨ شخصا لم يحكم على أحد منهم بعقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة. وإذن فالإحصاءات تدل على أن عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة تطبق فى جرائم السرقة كعقوبة أصلية بنسبة متوسطها ٠,٩٪ فقط.

عوده وإذا كانت عقوبة الإعدام وعقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة قد أصبحت كلتاهما معطلة لا تطبق على الجرائم التى فرضها لها القانون، فإن عقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة وعقوبة السجن قد لقيت كلتاهما مثل هذا المصير؛ ذلك أن الجنايات المعاقب عليها بعقوبتى الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن تحال إلى محكمة الجنح للفصل فيها على أساس عقوبة الجنحة إذا كان للمتهم أعذار معينة أو ظروف مخففة، وهذه الجنايات التى تحال على محكمة الجنح قد تبلغ أحيانا نصف ما يحال على محاكم الجنايات، ومعنى هذا أن ثلث مجموع الجنايات تقريبا يعاقب عليه بعقوبة الحبس بينما عقوبته الأصلية الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن .

والمفروض فى القضايا التى تحال إلى محاكم الجنايات أنها نوعان : نوع عقوبته الإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة، وقد تدعو ظروف المتهمين فيه إلى استعمال الرأفة وقد لا تدعو لذلك، ونوع عقوبته الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن وظروف المتهمين فيه كما رأى قاضى الإحالة لا تدعو لاستعمال الرأفة، فكان المنطق يقضى بأن هذا النوع الثانى يحكم فيه على المتهمين بالعقوبات الأصلية، ولكن الواقع لايتفق دائما مع المنطق، فإن كثيرا من قضايا هذا النوع يحكم فيها بالحبس، وتدل الإحصاءات على أن هذه القضايا يحكم فى ٣٨,٦٪ منها بالحبس بدلا من العقوبات الأصلية [1]؛ لأن ظروف الرأفة تظهر دائما أمام محكمة الموضوع وإن لم تظهر فى كل أدوار التحقيق، ولأن المتهمين لا يعجزون عن إظهار أنفسهم فى مظهر المستحق للرأفة .

ونستطيع أن نصل إلى نسبة دقيقة فى كل الجنايات إذا راجعنا العقوبات التى تصدر فيها سواء من محاكم الجنايات أو محاكم الجنح، ففي سنة ١٩٣٦– ١٩٣٧ حكمت محاكم الجنايات بالعقوبة فى ٢٠٨٢ جناية على ٣٠٦٣ شخصا من هؤلاء ٩٤١ شخصا حكم عليهم بعقوبة الجنحة، وفى نفس العام حكمت محاكم الجنح فى ١١٥٤ جناية على ١٤١٦ شخصا بعقوبة الجنحة، فأصبح عدد المحكوم عليهم بعقوبة الجناية ٢١٢٢ شخصا، والمحكوم عليهم بعقوبة الجنحة ٢٣٧٥ شخصا، أى

---

(١) أخذت هذه النسبة من كشف العقوبات التى حكمت بها محاكم الجنايات فى سنة ١٩٣٩–١٩٤٠ من مقارنة المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة المؤقتة والسجن بعدد المحكوم عليهم بالحبس فى كل الجنايات عدا جنايات القتل .

<عوده> أن ٥٢,٦٪ من الجنايات حكم فيها بعقوبة الجنحة بدلا من عقوباتها الأصلية. وفى سنة ١٩٣٧-١٩٣٨ حكمت محاكم الجنايات بالعقوبة فى ٢٤٠٨ جناية على ٢٩٥ شخصا منهم ٨٣٢ حكم عليهم بعقوبة الجنحة، وفى نفس العام حكمت محاكم الجنح فى ١٠٤٥ جناية على ١٣٦٢ شخصا، فكان عدد المحكوم عليهم بعقوبة الجناية ٢١٠٣ وعدد المحكوم عليهم بعقوبة الجنحة ٢١٩٤ شخصا، أى: أن ٥١٪ من الجنايات حكم فيها بعقوبة الجنحة بدلا من العقوبات الأصلية. وفى سنة ١٩٣٨-١٩٣٩ كانت النسبة ٤٩,٧٪، وفى سنة ١٩٣٩-١٩٤٠ كانت النسبة ٤٩,٦٪، فمتوسط ما يحكم فيها سنويا من الجنايات بعقوبة الجنحة هو ٥٠,٧٪ من مجموع كل الجنايات .

وهكذا تنتهى عقوبات الجنايات هذه النهاية السيئة، فعقوبة الإعدام لا تطبق إلا على أقل من ٦٪ من الجرائم التى جعلت عقوبة لها، وعقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة لا تطبق فى بعض الجرائم كعقوبة أصلية، فإذا طبقت فى البعض الباقى تراوحت نسبتها المئوية بين ١١,١٪ وعقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة والسجن لا تطبق إحداهما إلا على ٣٥٪ من الجرائم المقررة لها باعتبار أن نصف الجرائم بجنح وأن ٣٠٪ من الباقى يحكم فيه بعقوبة الجنحة .

ومعنى ما سبق أن تطبق العقوبات على الجرائم نزل بها درجة أو أكثر، فنزل بالإعدام إلى الأشغال الشاقة المؤبدة، ونزل بهذه إلى الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن، ونزل بكل من هاتين إلى عقوبة الحبس. ولعلنا بهذا الاستدلال قد أدركنا إلى أى حد تعطلت العقوبات الأصلية وأحطنا جيدا بمعنى هذا التعطيل.

ثانيا: الميل إلى تخفيف العقوبات : قلنا إن القانون جعل لكل عقوبة حدين يرتفع أحدهما بالعقوبة إلى نهاية التغليظ، وينزل بها الثانى إلى نهاية التخفيف، وقد خول القانون القضاة حق تقدير العقوبة من بين هذين الحدين، ولكنهم يميلون غالبا إلى التخفيف وينزلون فى كثير من الأحوال بالعقوبة إلى حدها الأدنى متأثرين فى ذلك بمختلف العوامل التى سبق شرحها.

ولست أسوق دليلا على هذا القول إلا الإحصاءات الرسمية [1]. ففى سنة ١٩٣٦ - ١٩٣٧ حكم على ١١٦٥ شخصا بالأشغال الشاقة المؤقتة فكانت نسبة المحكوم عليهم من هؤلاء بأدنى العقوبة وهى ثلاث سنوات ٣٣,٢٪، وكانت نسبة المحكوم عليهم بمدد تتراوح بين عشر سنوات وخمس عشرة سنة ١٥,٤٪، وكانت نسبة من حكم عليهم بمتوسط العقوبة ٥١,٤٪، وفى نفس السنة حكم بالسجن على ٧٤٤ شخصا فكانت نسبة من حكم عليهم بأدنى العقوبة وهى ثلاث سنوات ٥٨٪، وكانت نسبة من حكم عليهم بمدد تتراوح بين عشر سنوات وخمس عشرة سنة ١,٨٪، وكانت نسبة من حكم عليهم بمتوسط العقوبة ٤٠,٢٪ . وفى نفس السنة حكم على ٤٠٠٩٠ شخصا بالحبس مع الشغل فكانت نسبة المحكوم عليهم بثلاثة أشهر فأقل ٥٦,٣٪، وكانت نسبة المحكوم عليهم بمدد تتراوح بين ثلاثة أشهر وسنة واحدة ٣٢,٤٪، وكانت نسبة المحكوم عليهم بسنة فأكثر ١١,٣٪. وفى نفس السنة حكم بالحبس البسيط على ٢٣٩٢٥ شخصا فكانت نسبة المحكوم عليهم بثلاثة أشهر فأقل ٩٩,٦٪ ونسبة المحكوم عليهم بأكثر من تسعين يوما ٠,٤٪

وفى سنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ كانت نسبة المحكوم عليهم بأدنى عقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة إلى مجموع المحكوم عليهم ٤٨,٩٪ وكانت نسبة المحكوم عليهم بمدد تتراوح بين عشر سنوات وخمس عشرة سنة ١٣,٤٪، وكانت نسبة المحكوم عليهم بمتوسط العقوبة ٣٧,٧٪. وفى نفس السنة كانت نسبة المحكوم عليهم بأدنى عقوبة السجن ٦٩,٣٪، وكانت نسبة المحكوم عليهم بمدد تتراوح بين عشر سنوات وخمس عشرة سنة ١,٦٪، وكانت نسبة المحكوم عليهم بمتوسط العقوبة ٢٩,١٪. وفى نفس السنة كانت النسب بين المحكوم عليهم بالحبس مع الشغل أو الحبس البسيط تكاد تعادل النسب التى بيناها عن سنة ١٩٣٦-١٩٣٧. هذا هو لسان الإحصاء الذى لا يكذب، وإنه لقاطع فى أن المحاكم تنفر من التشديد، وأنها تميل بالعقوبة إلى التخفيف أكثر مما تميل بها إلى الاعتدال .

ويجب ألا ننسى بعد هذا أن العقوبة خففت قبل ذلك مرة أخرى حين استبدلت بالعقوبة الأصلية عقوبة أخرى. ومعنى ذلك أن المحاكم تخفف العقوبة مرتين : مرة عند اختيارها أو عند قبول الظروف المخففة، ومرة عند تقديرها والنطق بها.

---

(١) أخذت هذه الإحصاءات من تقارير مصلحة السجون السنوية واستخرجت النسبة المئوية بمعرفتنا .

❁ 500، 501 – مسئولية المقنن والقاضي والمجتمع كله :

إنه كان قاضيا ومارس العمل القضائى مدة طويلة، وهو هنا يقر بأن القضاة قد ألقى عليهم عبء أكبر مما يطيقون، ولذلك فهم يميلون أكثر إلى استعمال الرأفة والتخفيف عن المتهمين الأمر الذى أضاع للعقوبة الجنائية أثرها فى نظره .

وهو يقول بأن المشرعين أو المقننين هم المسئولون عن ذلك لأنهم تخلوا عن واجبهم فى تحديد العقوبة المناسبة وألقوا العبء كله على القضاة، وهم بشر يفضلون مراعاة ظروف المتهمين وينسون حقوق المجتمع لأن المتهم يكون ماثلا أمامهم يبكى ويستجدى فيستجيبون له وترق له قلوبهم .

ونحن نشكر له أنه وصف المشرعين أو المقننين بأنهم "علماء"، وهذا هو ما قلناه دائما من أن مهمة التقنين تقع على عاتق الفقهاء والعلماء ... ونأسف لأنه تابع السلف فى القول بأن كل ما يتعلق بالتعازير متروك للقاضى ... والآن ينتقد ذلك ويشكو منه وينسى أن عذرهم أنهم اشترطوا أن يكون القضاة مجتهدين ولم يعد ذلك ممكنا الآن ....

* * *

إنه يعود لاستقراء الإحصاءات وعرضها علينا ليستدل بها على أن الجرائم تزداد باطراد فى مصر، مشيرا إلى أن من أسباب ذلك عدم الحزم فى فرض عقوبة الإعدام على المتهمين بجرائم تستوجب ذلك قانونا وشرعا مثل جريمة القتل العمد، ويستنتج من ذلك أن عقوبة الإعدام أصبحت معطلة تقريبا بل وعقوبة الأشغال الشاقة كذلك، ويستشهد بدراسته للإحصاءات .

قدمنا أننا لا نستطيع أن نجاريه ولا أن نواصل دراسة الإحصاءات منذ توقف فى دراسته، لكننا مع ذلك نرى أنه لا يجوز لنا أن نغالى فى القول بأن العقوبات وحدها هى الكفيلة بمنع الجرائم، وينبغى ألا نجارى أولئك الذين يظنون أن تطبيق " الشريعة" يكفى فيه تطبيق عقوباتها وبخاصة الحدود كما تفعل بعض النظم السياسية التى تتباهى بتنفيذ الحدود وتقف عند ذلك وتَعُدّ أن قطع الأيدى أو الرءوس كاف لإعطائها شهادة بأنها نظم شرعية أو أنها تطبق "الشريعة" كأن الشريعة هى الحدود وحدها .

وحتى لا يساء فهم أقوال فقيهنا فى هذه الصدد، فإننا نذكر القارئ بما يلى :

ملاحظاتنا على أقواله :

1 – أننا سنصل فيما بعد إلى كلامه عن "استيفاء" الحدود، وسنجد أنه يكرر القول بأن "الإمام" هو الذى له هذه الولاية، وكثيرون يظنون أن المقصود بالإمام هو رئيس الدولة حتى ولو كان قد اغتصب السلطة بالبغى والعنف وفرض سلطاته بقوة الجيش والسيف ، وأن ذلك هو ما حدث فعلا خلال قرون طويلة فى تاريخنا الإسلامى حيث استبد السلاطين بالسلطة دون شورى ودون اختيار حر من الأمة ومن يمثلوها .

2 – أن حكم القاضى بالعقوبة الجنائية ينبنى على التحقيقات والأدلة المقنعة على وقوع الجريمة ومسئولية المتهم عنها. وإذا كان فقيهنا يوازن بين عدد الجرائم، وعدد الأحكام بالإدانة، ويرى أن نسبة أحكام الإعدام قليلة بالنسبة لعدد الجرائم فى الإحصاءات الرسمية، فإننا نرى أن الجنايات المسجلة أعدادها فى الإحصاءات لا تقدم كلها للقضاء، ولا يجوز أن يعزى قلة أحكام الإعدام إلى تساهل القضاة أو إسرافهم فى الرأفة، لأن أغلب الجنايات المسجلة فى هذه الإحصاءات يجرى "حفظها" أو الحكم بألا وجه لإقامة الدعوى فيها: إما لعدم معرفة الفاعل (المجهول) وإما لعدم كفاية الأدلة لإدانة المتهم، ولذلك لا يقدم للمحكمة، أو يقدم للمحكمة فتحكم ببراءته لعدم كفاية الأدلة.

إذا كنا نريد حقا الوصول إلى نتيجة بشأن مدى نجاح المحاكمات وحرص القضاء على توقيع العقوبات، فيجب الموازنة بين الأحكام بالإعدام والأحكام بعقوبة أخف منها بسبب الرأفة فى القضايا التى عرضت فعلا على القضاء. أما القضايا التى يصدر فيها قرار بألا وجه لإقامة الدعوى لعدم كفاية الأدلة أو لوجود مانع من المسئولية أو العقوبة، فيجب إخراجها من الموازنة لأن القضاة لا ذنب لهم فى ذلك، وإنما السبب هو عجز أجهزة الأمن والتحرى والتحقيق عن معرفة الفاعل أو عن تقديم الأدلة الكافية على إدانته، فليس من الصواب إضافة هذا العدد إلى القضايا التى نحاسب المحاكم فيها على عدم الحكم فيها بعقوبة الإعدام أو ننسب إليهم فيها التساهل مع المتهمين (الذين لم يقدموا للقضاء) ولم ترفع عليهم الدعوى فعلا أو قدموا للقضاء مع أن الأدلة لم تكن كافية .

❁ الخلل فى جميع نواحي الحياة الأخلاقية والاجتماعية والاقتصادية

سبب زيادة الجرائم، وليس عدم كفاية العقوبات :

3 – القول بأن زيادة الجرائم ترجع إلى عدم كفاية العقوبة المقررة قانونا أو التى يحكم بها القاضى فعلا، لا يجوز أن يكون قولا مطلقا فى نظرنا، لأن هناك أسبابا كثيرة هى التى تؤدى إلى ارتكاب الجرائم، مثل الظلم الاجتماعى الذى يدفع المحتاجين والفقراء إلى ارتكاب كثير من جرائم السرقة المشددة والقتل انتقاما ممن يعتقدون أنهم ظلموهم أو احتكروا الثروة والسلطة، أو لمجرد الاستيلاء على ما يحتاجون إليه من مال.

وهناك أيضا الجهل وتفشى بعض التقاليد الموروثة مثل عادة الأخذ بالثأر التى يترتب عليها تبادل الاعتداء بالقتل بين كثير من العائلات أو الأسر أو العصبيات. يضاف لذلك الفقر وسوء التربية وانحطاط المستوى الخلقى وانتشار المخدرات ... وما إلى ذلك من عيوب فى المجتمع مثل تبرج كثير من النساء وتفشى المنازعات والمشاجرات وما إلى ذلك، وكل ذلك مسئولية المجتمع كله فلا يصح أن نحمل القضاء نتائجها ...

إن شدة العقوبة أو كفايتها ليست فى نظرنا العامل الوحيد الذى يؤدى إلى تقليل عدد الجرائم كما قد يفهم البعض من أقوال فقيهنا القاضى الذى يصر على أن القضاة لو قاموا بواجبهم فى الحكم بالعقوبات الزاجرة أو الكافية لانصلح حال المجتمع وأفراده، لأن الإصلاح يحتاج إلى توفير أسباب عديدة تضمن رفع المستوى الأخلاقى والسلوكى والعيش للأفراد وتعالج عيوب المجتمع العديدة التى تنبت الجريمة وتمكن الجناة من الفرار من العقوبة فلا يقدمون للقضاء لعدم معرفتهم أو لعدم كفاية الأدلة التى توصل إليها المحققون ....

4 – لا يجوز أن يفهم من كلام فقيهنا أن الشريعة تعالج الانحرافات وتقاوم الإجرام بالعقوبات وحدها، ولا حتى بالحدود أو القصاص، بل إنها تضع الأصول الثابتة للمجتمع الصالح والفرد الراشد وتزوده بمبادئ أخلاقية وسياسية واجتماعية واقتصادية وثقافية وعقيدية تحصن المجتمع وتوجه الفرد الوجهة الصحيحة. ومن بين هذه المبادئ التشريع الجنائى وفيه الحدود والتعازير. وقد رأينا أنه إذا كان حازما ومشددا فى العقوبات المقدرة حدا أو قصاصا فإنه تساهل فى غيرها أكثر من أى تشريع آخر لدرجة أن ترك للقاضى التقدير المطلق فى سلطة التعزير ولكنه اشترط أن يكون "مجتهدا" .

❁ شريعتنا منهج كامل شامل لإصلاح جميع نواحي الحياة الفردية والاجتماعية، وليست مجرد قانون للعقوبات :

والذين يطالبون بتطبيق الشريعة لا يقصدون مجرد فرض الحدود أو العقوبات الشرعية، وإنما يطالبون بالالتزام بجميع الأصول والمبادئ الشرعية فى مناحى الحياة الاجتماعية والأخلاقية والاجتماعية والاقتصادية والفردية المختلفة. وشهيدنا إنما حكم عليه بالإعدام لا لأنه طالب بالحدود أو العقوبات الجنائية، ولكن لأنه دافع عن حق الشعب فى الانتخابات الحرة ليكون للأمة حق تقرير مصيرها واختيار حكامها ومحاسبتهم ومساءلتهم واستبدالهم كلما اقتضى الأمر ذلك .

وإذا كان فقيهنا قد أفاض فى مزايا الحدود أو محاسن التشريع الجنائى الإسلامى والعقوبات المقدرة المطلقة، فلا يجوز أن يفهم من ذلك أن هذا التشريع وعقوباته الحازمة وحدها تكفى لإصلاح المجتمع، ولا نعتقد أنه قصد ذلك، ولكنه كان قاضيا وبحكم مهنته القضائية يحصر بحثه فى دراسة أثر العقوبات وسياسة العقاب فى شريعتنا.

لا بد أن نضيف لما قاله رأينا؛ وهو أن الشريعة صالحة وواجبة التطبيق لأنها تضع المبادئ الأساسية لإصلاح الفرد والمجتمع من حيث الخلق والسلوك والعقيدة ومبادئ التضامن والتكافل الاجتماعى والشورى الحرة فى النظم السياسية واستقلال الشريعة والفقه والقضاء عن ذوى السلطان وحق الأمة فى محاسبة كل من يتحمل مسئولية عامة وعزلهم ومعاقبتهم سواء كانوا قد حصلوا على الولاية بطريق مشروع أو غير مشروع .

<عوده> ٥٠٢ـ *علة تعطيل العقوبات وتخفيفها* : رأينا فيما سبق كيف تعطلت العقوبات الأصلية وكيف تتجه المحاكم إلى تخفيف العقوبة بقدر الإمكان. ولهاتين الظاهرتين الخطيرتين علة واحدة هى أن القانون قد جعل العقوبة للزجر والتأدب، واعترف بأن لشخصية المجرم وظروفه أثرا على العقوبة. والقاضى ملزم حين يوقع العقوبة أن يراعى هذين المبدأين معا فى الجرائم الخطيرة والبسيطة على السواء؛ لأن القانون لم يهمل شخصية المتهم فى الجرائم الخطيرة الماسة بكيان الجماعة كما فعلت الشريعة. وكلا المبدأين مناقض للآخر، فتحقيق الزجر والتأديب يقتضى تشديد العقوبة، ومراعاة شخصية المتهم تقتضى تخفيف العقوبة. ولا يستطيع القاضى أن يفعل شيئا لإزالة هذا التناقض إلا أن يوفق بين المبدأين بقدر الإمكان، ولكنه حين يفعل يتجه دائما ناحية المتهم؛ لأنه هو الذي يكون ماثلا أمامه بمادته ومعناه يسترحمه ويستعطفه ويعرض ظروفه ويبرر موقفه، أما مصلحة الجماعة فلا تكون وقت المحاكمة ممثلة فى ذهن القاضى بالقوة التى تتمثل بها مصلحة المتهم، ولذلك لا تراعى بالقدر الذى يراعى به المتهم، وتكون النتيجة ما رأينا من تعطيل العقوبات وتخفيفها .

٥٠٣ـ *هل نجحت العقوبات القانونية فى محاربة الإجرام* ؟ : شرعت العقوبات ولا تزال لمحاربة المجرمين والإجرام، وحين يراد تحريم فعل معين تقدر له العقوبات التى يرى أنها كفيلة بزجر الناس عن إتيان هذا الفعل المحرم، فإن أدت العقوبة بالناس إلى أن يمتنعوا عن الفعل المحرم فقد نجحت العقوبة وأدت الغرض منها، وإن لم يزدجر الناس عن الفعل المحرم حاول أولو الأمر أن يعاقبوا عليه بعقوبة أكثر ردعا من العقوبة السابقة.

فالمقياس الصحيح لنجاح عقوبة ما هو أثرها على المجرمين والجريمة، فإن نقص عدد المجرمين وقلت الجرائم فقد نجحت العقوبة، وإن زاد عدد المجرمين والجرائم فقد فشلت العقوبة ووجب أن تستبدل بها عقوبة أخرى قمينة بأن تردع المجرمين وتصرفهم عن ارتكاب الجرائم .

ولقد علمنا أن القانون المصرى قرر عقوبات الإعدام والأشغال الشاقة المؤبدة والمؤقتة والسجن والحبس والإرسال للإصلاحية، ونحب أن نعرف إلى أى حد نجحت هذه العقوبات، وكيف كان أثرها على المجرمين والجريمة ؟ وهذه العقوبات على كثرتها هى عقوبتان : الإعدام، والحبس بوجه عام .

‹عوده› ٥٠٤ـ *الإعدام* : فأما الإعدام، فلا شك فى أنه عقوبة رادعة، وقد قررت لأقل ما يمكن من الجرائم، ولا تكاد تقع فى حياتنا اليومية جرائم يعاقب عليها بالإعدام إلا جرائم القتل. وقد بينا مستندين إلى الإحصاءات نسبة تطبيق عقوبة الإعدام فى الجرائم التى يعاقب عليها وجوبا بالإعدام فإذا هى فى المتوسط أقل من ٦٪، وهى نسبة ضئيلة تشجع على الإجرام ولا تردع عنه، والذين يتصلون بدور القضاة يعلمون أن القاتل اليوم لا يبالى أن يقتل ويعترف بجريمته، وإنما يبالى ويهتم بأن يركز دفاعه فى طلب الرأفة ليفلت بجلده من عقوبة الإعدام وهو يصل غالبا إلى ما يتمناه .

ولست أدرى كيف نقبل أعذار القتلة والسفاكين وهم لا يقبلون عذرا من ضحاياهم؟ وكيف نرحمهم وهم لا يرحمون فرائسهم ؟ وإذا كان القاتل لا يقتل وفى قلبه ذرة من الرحمة، ولا يقتل إلا بعد تفكير وتدبير وإصرار على القتل وترصد للمقتول، فليت شعرى أى ظروف بعد هذا كله تحملنا على أن نعامله بالرأفة والرحمة؟ وإذا كان القانون نفسه قد فرق بين القتل بالتسميم، والقتل المسبوق بسبق إصرار وترصد أو المقترن بجريمة أخرى أو المقصود به تسهيل ارتكاب الجرائم، إذا كان القانون قد فرق بين هذه الأنواع وبين القتل الذى يقع دون ترتيب لوسائله أو تفكير سابق فيه، وجعل عقوبة الأنواع الأولى الإعدام وعقوبة النوع الثانى الأشغال الشاقة، فكيف سوينا بين المختلفين، ولم نفرق فى العقوبة بين النوعين؟ وكيف طبقنا عقوبة الإعدام فى حدود هذه النسبة الضيقة بحجة استعمال الرأفة؟ وهل أصبح المجرمون اليوم مستحقين للرأفة والرحمة بنسبة ٩٤,١٪ فى الجرائم التى لا تستحق أصلا رأفة أو رحمة ؟

إن جرائم القتل التى تقع كل عام تعادل ٣٥٪ من مجموع الجنايات كلها، وهى تزداد عاما بعد عام. ففى سنة ١٩٣٥-١٩٣٦، كان عدد جنايات القتل والشروع فيه ٢٨٥٧ وكان مجموع الجنايات ٧٩٧٦. وفى سنة ١٩٣٦-١٩٣٧، كان عدد جنايات القتل والشروع فيه ٣٠٩٣، بينما كان مجموع الجنايات كلها ٨٦١٨. وفى سنة ١٩٣٧-١٩٣٨، كان عدد جنايات القتل والشروع فيه ٣٣١٩ جناية وكان مجموع الجنايات كلها ٩٢٣٢. ولعل هذه الزيادة المتجددة ترجع قبل كل شىء إلى استعمال الرأفة .

〈عوده〉 فعيب عقوبة الإعدام إذن يرجع إلى تطبيقها لا إلى طبيعتها، وقد جاء هذا العيب من إباحة قبول الظروف المختلفة فى الجرائم الخطيرة على المجتمع وعلى حياة الأفراد. ولو حرم قبول الظروف المخففة فى الجرائم المعاقب عليها بالإعدام أو على الأقل فى جريمة القتل، أو حرم على القضاة أن يستبدلوا بعقوبة الإعدام عقوبة أخرى، لكان لعقوبة الإعدام أثرها الذى لابد منه فى تقليل جرائم القتل، ولحل جانب خطير من مشكلة الإجرام .

502 - 504 - فشل العقوبات الوضعية :

يـــرى أن القوانـــين الوضـــعية تعـــامل الجرائم كلها معاملة واحدة، وأن الشريعة الإسلامية على العكس من ذلك قررت معاملة خاصة وعقوبات مقدرة للجرائم الخطيرة عـــلى المجتمع، وأن هذه السياسة الشرعية لها فضل كبير فى ردع المجرمين عن العدوان عـــلى مقومـــات المجـــتمع وحقوق الإنسان الأساسية ، وأن القوانين الوضعية بتعطيلها الحدود قد فتحت أمام القضاء سبيل التساهل مع مرتكبى الجرائم الكبرى؛ الأمر الذى يرى أنه أدى إلى زيادة عدد تلك الجرائم بسبب قلة الأحكام بالعقوبات الرادعة .

لقد سبق أن اعترضنا على وصف عقوبات الحدود والقصاص بأنها "تهمل شخصية الجانى"، ونحن نرى أن هذا تجاوز فى التعبير لا نوافق عليه. صحيح أن مراعاة شخصية الجانى يكون فى نطاق مبدإ درء الحدود بالشبهات وكثير من الأحكام والشروط الموضوعة لوجوب العقوبات المقدرة وبخاصة اشتراط فرض عقوبات مشددة فى حالة الجهر ببعض الجرائم التى يشترط لثبوتها عدد معين من الشهود الذين لا يلزمون فى إثبات التعازير .

* * *

إنه يعتقد أن المشرع الوضعى عندما أجاز للقضاء أن يخفف عقوبة الإعدام بسبب وجود ظروف الرأفة، قد وضع القضاة فى موقف لا يستطيعون فيه رفض طلبات التخفيف عن المتهمين، وبذلك أصبحت عقوبة الإعدام معطلة فى نظره تقريبا .

بعد نشر كتابه زادت الحملة السياسية التى تنادى بإلغاء عقوبة الإعدام نهائيا، حتى إن كثيرا من الدول المتقدمة أو الغنية استجابت لهذا الطلب وألغت هذه العقوبة... ونعتقد أنه يجب انتظار كثير من الوقت لمعرفة نتائج هذا الإلغاء ... فهناك من يطالبون الآن بإعادتها، ونعتقد أن الحجة الكبرى للمطالبين بإلغاء عقوبة الإعدام هى مغالاة بعض أنظمة الحكم فى الدول المتخلفة فى إصدار الأحكام بالإعدام على من تَعُدُّهُم معارضين لها أو حتى منافسين لأصحاب السلطة، ولذلك فإننا نتمنى أن يبدأ إلغاء هذه العقوبة فى الدول المتخلفة حيث يتولى السلطة من يستولون عليها بالقوة ويريدون احتكارها بإبادة كل من ينتقدهم أو يعارضهم أو حتى من تلتف حوله العامة ويحوز ثقتها حتى ولو كان خطيبا فى أحد المساجد، لأن وجود من تثق به الجماهير يرشحه ليكون بديلا عن المستبدين الذين لا يريدون أن يبقى على ظهر الأرض بديل صالح يمكن أن ترشحه الجماهير ليحل محلهم .

〈عوده〉 ٥٠٥ـ *عقوبات الحبس وعيوبها* :ـ أما عقوبات الأشغال الشاقة بنوعيها والسجن والحبس، فهى كما قلنا من قبل ليست فى جوهرها إلا عقوبة الحبس الذى يتفاوت فى مدته أكثر مما يتفاوت فى نوعه. وعقوبة الحبس هذه هي العقوبة الأساسية لمعظم الجرائم، يجازى بها المجرم الذى ارتكب جريمته لأول مرة ويجازى بها المجرم العاتى الذى تخصص فى الإجرام، ويجازى بها الرجال والنساء والشباب والشيب، ويجازى بها من ارتكب جريمة خطيرة ومن ارتكب جريمة تافهة، وتنفذ العقوبة على هؤلاء جميعا بطريقة واحدة تقريبا. وقد أدى تطبيق هذه العقوبة على هذا الوجه إلى نتائج خطيرة ومشكلات دقيقة نبسطها فيما يلى:

١- إرهاق خزانة الدولة وتعطيل الإنتاج: يوضع المحكوم عليهم بعقوبة الحبس على اختلاف أنواعها فى محابس يقيمون بها حتى تنتهى مدة العقوبة، ولهذه المحابس أسماء مختلفة، وأقلها درجة: السجون المركزية ويوضع بها المحكوم عليهم بالحبس لمدة ثلاثة أشهر فأقل، ويليها فى الدرجة السجون العمومية ويوضع فيها المحكوم عليهم بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر والمحكوم عليهم بالسجن والمحكوم عليهم بالأشغال الشاقة من النساء أو الرجال المتقدمين فى السن. ويلى السجون العمومية الليمانات ويوضع فيها المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة مؤبدة أو مؤقتة. وهناك إصلاحيات الرجال ويوضع بها معتادو الإجرام : أما إصلاحيات الأحداث، فهى للأطفال الذين تزيد أسنانهم على سبع سنوات.

وقد بلغ عدد المحكوم عليهم بالحبس بمختلف أنواعه ١٢٧٠٩٠ شخصا فى سنة ١٩٣٨-١٩٣٩، ولا يدخل فى هذا العدد من حكم عليهم بالحبس من المحاكم المركزية. ويتزايد عدد المحكوم عليهم باستمرار سنة بعد أخرى، وقد بلغ متوسط المسجونين يوميا ٢٥٥١٥ فى سنة ١٩٣٨-١٩٣٩ بزيادة ٥٩٧٤ عن السنة السابقة .

والمحكوم عليهم يكونون فى الغالب من الأشخاص الأصحاء القادرين على العمل، فوضعهم فى السجون هو تعطيل لقدرتهم على العمل وتضييع لجهود كبير كان من الممكن أن يبذلوه فيستفيد منه المجتمع لو عوقبوا بعقوبة أخرى غير الحبس تكفى لتأديبهم وردع غيرهم.

(عوده) ولا شك فى أن هناك من العقوبات ما يمكن أن يؤدى وظيفة الزجر والردع ويكون له أثره فى محاربة الجريمة دون أن يؤدى إلى تعطيل مجهود المحكوم عليه، كالجلد مثلا فإن تنفيذ هذه العقوبة ليس له أثر فى الغالب على إنتاج المحكوم عليه وقيامه بعمله اليومى .

ولقد حاولت مصلحة السجون أن تستغل قدرات المسجونين على العمل بها، ولكنها لم تستطع حتى الآن أن توجد عملا إلا لعدد قليل من المسجونين، أما الباقون فيكادون يقضون حياتهم فى السجون دون عمل يأكلون ويتطببون ويلبسون على حساب الحكومة.

وقد بلغت نفقات مصلحة السجون ٨٦٢١٢٥ ج فى سنة ١٩٣٨-١٩٣٩، منها مبلغ ١٥٠٠٠٠ج أثمان الخدمات التى يقوم بها المسجونون، فكأن ميزانية الدولة تتحمل ٥٣٢١٢٥ج تنفق سنويا على المسجونين، ولو أضيف إلى هذا المبلغ الضخم مايخسره المجتمع كل عام بسبب تعطل هؤلاء المسجونين عن الإنتاج على فرض أن كل مسجون ينتج سنويا مايساوى أربعة وعشرين جنيها لبلغت خسارة الأمة فى سبيل عقوبة الحبس ٢٥٨٢٢٨٥ سنويا .

٢- إفساد المسجونين: وكان من الممكن أن تتحمل الجماعة هذه الخسارة الكبيرة سنويا لو كانت عقوبة الحبس تؤدى إلى إصلاح المسجونين، ولكنها فى الواقع تؤدى بالصالح إلى الفساد وتزيد الفاسد فسادا على فساده. فالسجن يجمع بين المجرم الذى ألف الإجرام وتمرس بأساليبه، وبين المجرم المتخصص فى نوع من الإجرام وبين المجرم العادى، كما يضم السجن أشخاصا ليسوا بمجرمين حقيقيين وإنما جعلهم القانون مجرمين اعتبارا كالمحكوم عليهم فى حمل الأسلحة أو لعدم زراعة نسبة معينة من القمح والشعير وكالمحكوم عليهم فى جرائم الخطإ والإهمال. واجتماع هؤلاء جميعا فى صعيد واحد يؤدى إلى تفشى عدوى الإجرام بينهم، فالمجرم الخبير بأساليب الإجرام يلقن ما يعلمه لمن هم أقل منه خبرة، والمتخصص فى نوع من الجرائم لا يبخل بما يعلم عن زملائه، ويجد المجرمون الحقيقون فى نفوس زملائهم السذج أرضا خصبة يحسنون استغلالها دائما فلا يخرجون من السجن إلا وقد تشبعت نفوسهم إجراما .

〈عوده〉 ولقد دلت المشاهدات على أن الرجل يدخل السجن لأمر لا يَعُدُّه العرف جريمة كضبط قطعة سلاح معه، وكان المعروف عنه قبل دخوله السجن أنه يكره المجرمين ويأنف أن يكون منهم، فإذا خرج من السجن حبب إليه الإجرام واحترفه بل صار يتباهى به. وكان هذا مما أدى بالقضاة إلى أن صاروا يشفقون من الحكم بالحبس فى الجرائم الاعتبارية التى لا يتمثل فيها روح الإجرام الحقيقى، كما أهم يوقفون تنفيذ العقوبة فى الجرائم الحقيقية إذا كان المجرم مبتدئا؛ لأنهم يخشون أن يدخل الجانى السجن بريئا من الإجرام أو مبتدئا فيه فيخرج من السجن ملوثا بالإجرام متفقها فى أساليبه.

فالسجن الذى يقال عنه إصلاح وتهذيب ليس كذلك فى الواقع، وإنما هو معهد للإفساد وتلقين أساليب الإجرام.

وقد شعرت الحكومة بوطأة هذه الحالة، فهى تحاول أن تصلح من هذا العيب. ولكن أساس الإصلاح يدل على أنه لن يكون ناجحا، إذ إنها تريد أن تقسم السجون على أساس نوع العقوبة وأسنان المحكوم عليهم، وهذا التقسيم سيبقى الحالة على ما هى عليه؛ لأنه يجمع بين ذوى العقوبة الواحدة فى محبس واحد وبعضهم قد يكون مبتدئا لا يعلم كثيرا عن الإجرام والبعض من عتاة المجرمين، واختلاط هؤلاء هو نفس العيب الذى يراد علاجه. أما جمع الشبان فى محبس واحد والكهول فى محبس واحد فلن يكون علاجا؛ لأن الإحصاءات تدل على أن أكثر المجرمين من الشبان. ففى سنة ١٩٣٨-١٩٣٩، كان عدد المسجونين الشبان ٥٢٧٧، أى بنسبة ٦٢٪ من مجموع من دخلوا السجن، ومن هؤلاء ١٥٠٥٠ شخصا يتراوح سنهم بين ١٦، ٢٠ سنة والباقون يتراوح عمرهم بين ٢٢، ٣٠ سنة. فعدد المجرمين من الشبان أكثر من عددهم بين الرجال والمسنين، ووجود الشبان المحكوم عليهم لأول مرة مع شبان من ذوى السوابق كفيل بأن يخلق الأولين بأخلاق الآخرين.

٣- انعدام قوة الردع: إن عقوبة الحبس قد فرضت على أساس أنها عقوبة رادعة، ولكن الواقع قد أثبت أنها لا فائدة منها ولا أثر لها فى نفوس المجرمين، فالذين يعاقبون بالأشغال الشاقة وهى أقصى أنواع الحبس لا يكادون يخرجون من السجن حتى يعودوا لارتكاب الجرائم، ولو كانت العقوبة رادعة لما عادوا لما عوقبوا عليه بهذه السرعة .

‹عوده› وتدل الإحصاءات رقم ٤٤ من تقرير مصلحة السجون عن سنة ١٩٣٨-١٩٣٩ على أن ٤٥٪ من المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة عادوا إلى ارتكاب الجرائم بعد الإفراج عنهم بمدد تتراوح بين خمسة عشر يوما وسنة. بل إن هذه الإحصائية تدل على أن ٤٣٪ من المحكوم عليهم بالإرسال لإصلاحية الرجال ما كادوا يخرجون من الإصلاحية حتى ارتكبوا جرائم أعادتهم إليها، وأنهم ارتكبوا جرائم فى مدة تتراوح بين ٢١ يوما وسنة من تاريخ خروجهم من الإصلاحية. والمفروض أن عقوبة الإرسال للإصلاحية من أكثر العقوبات ردعا، وأن المجرم لا يخرج منها إلا بعد أن تتوافر الأدلة على تركه الإجرام وميله إلى الاستقامة .

وتدل الإحصائية رقم ٤٧ من تقرير مصلحة السجون المشار إليه سابقا على أن حوالى ثلث الموجودين فى إصلاحية الرجال دخلوها للمرة الثانية والثالثة والرابعة .

ومما يدل على أثر السجن بصفة عامة فى نفوس المجرمين الإحصائية رقم ٤٦ من تقرير مصلحة السجون لسنة ١٩٣٨-١٩٣٩، فهى تشير إلى أن نصف من فى الإصلاحية تقريبا لهم سوابق فى الإجرام من خمس مرات إلى عشر، وأن حوالى الثلث لهم من عشر سوابق إلى خمس عشرة سابقة، وأن أكثر الباقين تتراوح سوابقهم بين خمس عشرة سابقة وأربعين سابقة. فلو أن السجن يردع المجرمين حقيقة لما عاد المجرم للإجرام خمس مرات وعشر مرات وأربعين مرة .

وتدل الإحصائية رقم ٤٣ من التقرير المشار إليه سابقا على أن الذين يعودون لإصلاحية الرجال بعد خروجهم منها يزداد عددهم باستمرار. ففى سنة ١٩١٦ كانت نسبة العائدين إلى مجموع من فى الإصلاحية ١٠,٨٪، وفى سنة ١٩٢٦ ارتفعت النسبة إلى ٢٠,٦٪، وفى سنة ١٩٣٦ بلغت ٣٨,٧٪ .

ومما يدل أيضا على أن عقوبة الحبس ليس لها أثر على المجرمين، ازدياد جرائم العود سنة بعد أخرى، فقد وصلت هذه الجرائم إلى ٨٧٢ جناية فى سنة ١٩٣٥-١٩٣٦ ثم ارتفعت إلى ٩٣٩ جناية فى سنة ١٩٣٦-١٩٣٧ ثم بلغت ١٠٢٣ جناية فى السنة التى تليها. وجنايات العود هذه لا تقع إلا من المجرمين أرباب السوابق الكثيرة.

٤ - قتل الشعور بالمسئولية: وعقوبة الحبس، فوق أنها غير رادعة تؤدى إلى قتل الشعور بالمسئولية فى نفس المجرمين وتحبب إليهم التعطل، فالكثير من المسجونين يقضون

﴿عوده﴾ فى السجن مددا طويلة نوعا ما ينعمون فيها بالتعطل عن العمل ويكفون فيها مئونة أنفسهم من مطعم وملبس وعلاج. والمشاهد أن هؤلاء يكرهون أن يلقى بهم خارج السجن ليواجهوا حياة العمل والكد من جديد، وأنهم يموت فيهم كل شعور بالمسئولية نحو أسرهم بل نحو أنفسهم، فلا يكادون يخرجون من السجن حتى يعملوا للعودة إليه لا حبا فى الجريمة ولا حرصا عليها، وإنما حبا فى العودة إلى السجن وحرصا على حياة البطالة .

٥ – ازدياد سلطان المجرمين: ومن المجرمين من يغادر السجن ليعيش عالة على الجماعة يستغل جريمته السابقة لإخافة الناس وإرهابهم وابتزاز أموالهم، ويعيش على هذا السلطان الموهوم وهذا المال المحرم دون أن يفكر فى حياة العمل الشريف والكسب الحلال.

ولقد أصبح سلطان هؤلاء المجرمين على السكان الآمنين يزاحم سلطان الحكومات، بل أصبح المجرمون فى الواقع أصحاب الكلمة النافذة والأمر المطاع. ومن الوقائع التى أعرفها ويعرفها غيرى أن رجال الإدارة يستعينون بالمجرمين أيام الانتخابات العامة ليوجهوا الناخبين المتمسكين بحزبيتهم وجهات معينة بعد أن يعجزوا هم عن هذا التوجيه .

وقد أدى هذا المركز الخطير الذى يحتله المجرمون إلى زيادة المجرمين الشبان الذين يتطلعون بدافع من طموحهم إلى نوال كل مركز ممتاز، كما أدى إلى قلب الموازين والأوضاع. فبعد أن كانت الجريمة عارا وذلك فى القديم، أصبحت اليوم مدعاة للتباهى والتفاخر. وبعد أن كان المجرم يطرد ذليلا مهانا أصبح اليوم عزيز الجانب مسموع الكلمة نافذ السلطان .

٦ – انخفاض المستوى الصحى والأخلاقى : وتنفيذ عقوبة الحبس يقتضى وضع عدد كبير من الرجال الأصحاء الأقوياء فى مكان واحد لمدد مختلفة يمنعون فيها من التمتع بحرياتهم ومن الاتصال بزوجاتهم . ولما كان عدد المحبوسين يزيد عاما بعد عام والمحابس لا تزيد ، قد اضطر ولاة الأمور إلى حشرهم حشرا فى غرف السجون كما يحشر السردين فى علبته بحيث أصبحت السجون العمومية والليمانات تضم بين جدرانها عددا يتراوح بين ثلاثة وأربعة أمثال العدد المقرر لها من

﴿عوده﴾ الناحية الصحية[1]. أما السجون المركزية فهى عادة لا تزيد عن غرفتين صغيرتين ولا يقل العدد الذى تضمه فى المتوسط عن ستين شخصا. وبينما تتوافر الوسائل الصحية نوعا ما فى السجون العمومية فإنها تنعدم تماما فى السجون المركزية، فلا يوجد فى كل السجون المركزية بالقطر المصرى فراش للمساجين الذين يقضون مدة حبسهم جلوسا أو نياما على الأسفلت، كما أن الأغطية فى هذه السجون تكاد تكون منعدمة .

وقد أدى ازدحام السجون وعدم توافر الوسائل الصحية بها وحرمان المسجونين من الاتصال بزوجاتهم إلى انتشار الأمراض السرية والجلدية والصدرية وغيرها من الأمراض الخطيرة بين المسجونين. وتدل إحصاءات سنة ١٩٣٩[2] وهى خاصة بالسجون العمومية و الليمانات على أن ٣٩٩٣ مسجونا أصيبوا بنزلات شعبية، ٣٦٩ بالتدرن الرئوى وأدران أخرى، و٤٢٢ بالسيلان، ١١٦٠ بالزهرى، ٤١٢٨ بالجرب، ١٥٣٤ بالقراع، ٥٣٣٣ بأمراض جلدية أخرى، ٢١٩ بقمل العانة، ٨٦١٨ بخراجات ودمامل، ٩٢٦ بالروماتزم. بل لقد بلغت حالة الإصابات والأمراض بين المسجونين ٧٤٠٠٠ حالة فى سنة ١٩٣٩. وفى عدد هذه الحالات الضخم، وفى أنواع الأمراض التى بيناها ما يقطع بانخفاض المستوى الصحى والأخلاقى بين المسجونين .

فالسجون إذن أداة لنشر الأمراض بين المسجونين ولإفساد أخلاقهم وتضييع رجولتهم. ولا يقتصر شر السجون على هذا، بل إنها تؤدى إلى فساد الأخلاق فى خارجها؛ لأن وضع الرجال فى السجون معناه تعريض زوجات هؤلاء الرجال وبناتهم وأخواتهم إلى الحاجة وإلى الفتنة ووضعهن وجها لوجه أمام الشيطان .

٧- ازدياد الجرائم : وقد وضعت عقوبة الحبس على اختلاف أنواعها لمحاربة الجريمة، ولكن الإحصاءات التى لا تكذب تدل على أن الجرائم تزداد عاما بعد عام زيادة تسترعى النظر وتبعث على التفكير الطويل، فقد كان عدد الجنايات فى سنة ١٩٠٦ لا يزيد على ٣٥٨٦ جناية فإذا به فى سنة ١٩١٢ يبلغ ٤٠٠٨ جناية ثم

---

(١) الإحصائية رقم ١من تقرير مصلحة السجون لسنة ١٩٣٨-١٩٣٩.

(٢) الإحصائية رقم ٢٠ من تقرير مصلحة السجون لسنة ١٩٣٨-١٩٣٩ .

﴿عوده﴾ يصل فى سنة ١٩١٨ – ١٩١٩ إلى ٦٧٧٩ جناية وفى سنة ١٩٢٦ – ١٩٢٧ إلى ٨٠١٢ جناية . وفى سنة ١٩٣٨– ١٩٣٩ إلى ٩٢٨٦ جناية. أما الجنح فكان عددها فى سنة ١٩٠٦ لا يزيد على ٣٢٨١٠ وفى سنة ١٩١٢ أصبح ٩٣٧٤٣ وفى سنة ١٩٢٦– ١٩٢٧ بلغ عدد الجنح ٣٨٢٨٢٨، وهكذا فى ظرف اثنين وثلاثين عاما بلغ عدد الجنايات ثلاثة أمثال ما كان عليه، وبلغ عدد الجنح أكثر من أحد عشر مثلا .

وقد يقال : إن عدد الجنح لا يمثل الزيادة الحقيقية؛ لأن الجنح المعاقب عليها يزيد عاما بعد عام فتزداد تبعا لذلك فى مجموعها، وهو قول صحيح إلى حد ما، فلنترك العدد العام للجنح ولنأخذ جريمة السرقة مقياسا، فهى أحرى أن تصل بنا إلى نسبة الزيادة الصحيحة. ففى سنة ١٨٩١ كان عدد جنح السرقة ٩٣٥٦ وفى سنة ١٩٠١ بلغ عدد الجنح ١٥٩٩٣ جنحة وفى سنة ١٩١٢ بلغ ٢٣٨٣٤ جنحة وفى سنة ١٩١٦ كان ٤٤١١٠ جنحة وفى سنة١٩٢٦ بلغ ٥٤٣٢٦ جنحة وفى سنة ١٩٣٩ بلغ ٦٥٥٨٧ جنحة. ومعنى هذا أن عدد جنح السرقة زاد فى ثمانية وأربعين عاما سبعة أمثال ما كان عليه، وهى نسبة لا تسوِّغها زيادة السكان ولا يقوم لها أى عذر مهما اختلفت المعاذير، فالسكان لم يتضاعف عددهم مرة واحدة فكيف تتضاعف الجنح سبع مرات والجنايات ثلاث مرات ؟ والحالة الاقتصادية مهما قيل فيها لا تكون سببا فى ازدياد الجرائم ما دامت العقوبة رادعة. وليس أدل على صحة هذا القول من الحالة فى المملكة الحجازية، فلا شك فى أن الحالة الاقتصادية والاجتماعية فى مصر أفضل منها فى الحجاز، ومع ذلك فقد قلت الجرائم فى الحجاز وازدادت فى مصر وانتشر الأمن هناك واختل هنا. ولقد كان الحجاز فى يوم ما مضرب الأمثال فى اختلال الأمن والنظام والجرأة على ارتكاب الجرائم وترويع الآمنين والحجاج المسافرين وقطع الطريق عليهم لنهب مالهم ومتاعهم. ولعل الحالة الاقتصادية والاجتماعية فى الحجاز الآن ليست خيرا منها يوم كان الفساد مستشريا فى الحجاز، والفرق بين الحجاز قديما وحديثا هو نفس الفرق بين مصر والحجاز اليوم، هو وجود العقوبة الرادعة فى الحجاز الآن وانعدامها قديما، وهو انعدام هذه العقوبة فى مصر اليوم فهذه العقوبة الرادعة هى التى وطدت الأمن فى الحجاز وقضت على السلب والنهب وقطع الطريق وجعلت الأمن فيه مضرب الأمثال، فلا يسقط

﴿عوده﴾ من مسافر شيء إلا وجده في دار الشرطة ولا يضيع لأحد شيء إلا رد إليه حيث كان ولو لم يبلغ بضياعه ما دام على المال ما يدل على اسم صاحبه .

فمن الخطإ إذن بعد قيام هذا المثل العملى أن نحتج لزيادة الجرائم بالحالة الاجتماعية والاقتصادية أو بازدياد السكان؛ لأن الجريمة مرض علاجه العقوبة فإذا نجح أولو الأمر فى وصف العلاج الذى يوافق المرض انتهى المرض أو سكنت حدته على أقل الفروض، وإن لم يوفق أولو الأمر فى وصف العلاج الناجح طال المرض وأعضل وعانى منه المجتمع أشد المعاناة.

٥٠٦ـ *كيف نتخلص من عيوب الأنظمة الوضعية* : تبينا فيما سبق النتائج السيئة للعقوبات التى فرضتها علينا الأنظمة الوضعية، فإذا هى تضييع للأموال والجهود وإفساد للنفوس والأخلاق والصحة، وليس بعد ذلك إلا ازدياد الجرائم وجرأة المجرمين والإخلال بالأمن وتوهين النظام، وذهاب هيبة الحكومة وسطوتها وفرض سلطان الأشقياء والمجرمين على السكان الآمنين. ولا خلاص من هذه النتائج المحزنة إلا بالتخلص من النظام كله، وإن فى بعض هذه النتائج مايكفى وحده لإلغاء هذا النظام . وإذا كان الناس لا يلغون أنظمتهم بسهولة ولو تيقنوا من فسادها إلا إذا وجدوا خيرا منها، فإن لدينا نظاما هو خير الأنظمة التى عرفها البشر وأقدرها على حماية الجماعة ومكافحة الجريمة وإصلاح المجرم، ذلك هو النظام الإسلامى الذى أثبتت التجربة نجاحه فى كفاح الجريمة والقضاء على الإجرام.

وليست ميزة النظام الإسلامى الوحيدة فى أن التجربة أثبتت نجاحه وصلاحيته، ولكنه يمتاز أيضا بأن الأسس التى يقوم عليها كفيلة بأن تقضى على العيوب التى تصحب العقوبات الوضعية، كما هى كفيلة بأن توفر على العالم المجهودات العظيمة التى تبذل لتخفيف أضرار هذه العقوبات والأموال الكثيرة التى تنفق فى سبيل تنفيذها .

وأول عيوب النظام الوضعى أنه يؤدى إلى تعطيل العقوبات الأصلية وتخفيفها، وفى الشريعة ما يحول دون ذلك فى الجرائم الخطيرة التى تمس كيان الجماعة، حيث تفرض الشريعة لهذه الجرائم عقوبات مقدرة معينة ليس للقاضى أن ينقص منها شيئا أو يستبدل بها غيرها مهما كانت ظروف الجانى؛ لأن مصلحة الجماعة فى هذه الجرائم

﴿عوده﴾ الخطيرة توضع فوق كل مصلحة وتتغلب على كل اعتبار. أما الجرائم التى لا تمس كيان الجماعة فيجوز للقاضى فيها أن ينظر إلى شخصية الجانى ولو أدى ذلك لتخفيف العقاب مادام يؤدى إلى إصلاح الجانى فى الوقت نفسه[1] .

والعيب الثانى للنظام الوضعى أنه يفرض فى معظم الجرائم عقوبات لا تتنوع، هى الحبس الذى يختلف شدة وضعفا بحسب نوع الحبس، والذى يؤدى تنفيذه إلى وضع عدد كبير من الرجال الأصحاء القادرين على العمل فى المحبس والإنفاق عليهم دون أن يؤدوا عملا مجديا فتخسر الأمة من وجهين : تخسر المال الذى تنفقه على المحبوسين، وتخسر ما كان يمكن أن ينتجه هؤلاء لو لم يوضعوا فى المحابس، ولكن هذه الخسائر تنتفى لو نفذ النظام الإسلامى؛ لأن الشريعة لا تعرف الحبس فى جرائم الحدود والقصاص، وهى كما بينا تبلغ ثلثى[2] الجرائم عادة . كما أن الشريعة تفضل فى التعازير عقوبة الجلد على عقوبة الحبس، ولا تفضل عقوبة الحبس إلا إذا كان حبسا غير محدود المدة حيث يبقى المجرم بعيدا عن الجماعة مكفوفا شره وأذاه حتى يموت، ولا يحكم بهذا النوع من الحبس إلا فى الجرائم الخطيرة أو على المجرمين العائدين . وإذا فرض أن عقوبة الجلد تطبق فى نصف الجرائم الباقية كان الباقى الأخير من الجرائم حوالى ١٥٪ من مجموع الجرائم يقسم بين عقوبات الحبس والغرامة والتغريب وغير ذلك من عقوبات التعازير المتعددة . والمفروض أن الجرائم التى يجلد فيها هى جرائم التعازير الخطيرة، فالجرائم التى تبقى أخيرا ليعاقب عليها بغير الجلد والحبس غير المحدد المدة هى جرائم تافهة فى الغالب يكفى فى عقابها النصح والتوبيخ والغرامة، والحبس مع إيقاف التنفيذ فتكون النتيجة ألاّ يحبس فعلا إلا فى حوالى ٥٪ من مجموع الجرائم، وهذه نتيجة لا يمكن الوصول إليها إلا بتطبيق نظرية الشريعة الإسلامية فى العقاب .

وإذا قلت الجرائم التى يحكم فيها بالحبس إلى هذا الحد، فقد أصبح عدد المحبوسين قليلا جدا، وبذلك تنحل مشكلة اختلاط المسجونين وما ينشأ عنها من فساد الأخلاق والصحة ونشر وسائل الإجرام، كما تقل جرائم العود التى لا يشجع عليها إلا وجود المحابس والاستخفاف بعقوبة الحبس.

---

(١) راجع الفقرتين ٥١، ٤٤٠ .

(٢) راجع الفقرة ٤٩٤ .

﴿عوده﴾ وإذا علمنا أن الجرائم القليلة التى يحكم فيها بالحبس حبسا محدد المدة هى جرائم تافهة من مجرمين غير خطرين تأكد لدينا أن الحبس فى هذه الجرائم سيكون لمدد قليلة، ولن يؤدى إلى نشر عدوى الإجرام ولا إلى فساد الأخلاق. وحتى إذا وجدت هذه المساوئ فلن يكون لها أثر خطير على المجرمين وعلى الأمن العام لقلة عدد المسجونين وقلة خطورهم؛ ولأن المجرم لا يضمن أن يعاقب مرة ثانية بعقوبة الحبس. أما المجرمون الخطرون فهؤلاء تقضى عليهم الشريعة بالحبس غير المحدد المدة مهما كان نوع الجريمة المنسوب إليهم؛ لأن ارتكاب الجانى لأى جريمة مهما كانت بسيطة معناه أنه لا يزال على استعداد للإجرام وأن العقوبات السابقة لم تردعه .

ومن عيوب عقوبة الحبس فى القوانين الوضعية، أنها تقتل الشعور بالمسئولية فى نفس المجرم وتحبب إليه التعطل وتزين له أن يعيش عالة على الناس يبتز أموالهم بالتهديد والتخويف. وفى عقوبات الشريعة علاج هذا كله، بل إن علاجه فى عقوبة الجلد وحدها، إذ الجلد يحط من قدر المجرم فى عين نفسه فلا يعود لجريمته، كما يحط من قدره فى عيون الناس فلا يهابونه ولا يخافون سلطانه، ولا يكبر المجرم فى عيونهم حتى يزاحم بسلطانه سلطان الحكومات.

ولو أننا تتبعنا ما ذكرناه من عيوب العقوبات الوضعية عيبا لوجدنا لكل عيب علاجه الناجع فى تطبيق عقوبات الشريعة الإسلامية وتطبيق نظريتها فى العقاب.

هذه هى العقوبات الوضعية وهذا هوأثرها فى إفساد الأخلاق والأمن والنظام، وتلك هى عقوبات الشريعة الإسلامية وهذا هو أثرها فى إصلاح ما أفسدته القوانين الوضعية، ولن تجد بعد ذلك من يستطيع أن يفضل القانون الوضعى على الشريعة الإسلامية؛ فإن وجدته فاذكر قوله تعالى: ﴿فإنها لا تعمى الأبصار ولكن تعمى القلوب التى فى الصدور﴾ [الحج:٤٦].

❁ 505، 506 – عيوب السجون ومقترحاته لعلاجها :

إننى ممن فرضت عليهم الإقامة فى السجون فترات كثيرة، وقد عرفت من عيوبها أكثر مما ذكره فقيهنا فى هذا البند، ولقد كتبت فى هذا الموضوع وخاصة فى كتابى "كمين فى المطار" حيث ألقى بى فى سجن الرمل ظلما وعدوانا، ورأينا كيف يعامل المسجونون ولمسنا مساوئ عقوبة السجن ...

وقد توسع فى ذكر الإحصاءات، وأشار إلى أن السجون هى بيئة فاسدة تتحول إلى مدارس لتخريج المجرمين بدلا من إصلاحهم ....

لكن موافقتنا على ذلك لا تعنى أننا نقر ما قاله فى نهاية هذا البند من أنه لا يجوز أن نحتج لزيادة الجرائم بالحالة الاجتماعية والاقتصادية أو زيادة السكان، لأن الجريمة مرض قد يفهم من كلامه أن علاجه هو العقوبة فقط .

إننا نرى أن علاج الجرائم هو إصلاح المجتمع فى جميع نواحى الحياة الاجتماعية والأسرية والفردية، وابتداء من إصلاح النظام السياسى، حتى يكون الحكام قدوة للمواطنين وقادرين على توفير ما يحتاجون إليه من ضرورات ومصالح، ولا يكون الأشرار متحكمين ومتربعين على مقاعد السلطة يفرضون العقوبات على من هم خير منهم وأصلح، ويلتف حولهم بطانة من الفاسدين والمنافقين والمنتفعين الذين يأكلون أموال الناس بالباطل ويصولون ويجولون دون حساب ولا رقابة ولا جزاء يردعهم .

والعدل الاجتماعى الذى يقرب بين الناس فى مستوى المعيشة ويوفر للطبقات العاملة والكادحة حقوقها كاملة شرط أساسى لإبعادهم عن مسالك الانحراف والإجرام .

إن كل ما يلزم لإصلاح المجتمع وتقدمه ورقيه هو الذى يؤدى إلى إصلاح الأفراد ويبعدهم عن مهاوى الانحراف والفساد . إن الوقاية من الانحراف خير من العقوبة .

صحيح أن الجريمة مرض يعالج بالعقوبة، لكن يجب مقاومة أسباب المرض والعوامل التى تؤدى إليه ، وهذا لا يقل أهمية عن علاج المرض بعد وقوعه .

وكثيرون يعترفون بمساوئ السجون، لكن المشكلة عندهم هى العقوبة البديلة التى يمكن أن تحل محل الحبس بجميع درجاته. وفقيهنا يعلن دائما أنه يفضل العقوبات البدنية وخاصة عقوبة الجلد والضرب ... ويرى أنها هى البديل الصحيح لعقوبات الحبس، ويعدد الاعتبارات التى جعلته يفضلها .

۞ إصلاح المجتمع لا يبدأ بتطبيق العقوبات الشرعية، بل بإصلاح النظام السياسي حتى لا يكون من يطبقون التشريع الجنائي مستبدين مغتصبين وفاسدين :

إننا الآن نلاحظ أن "الموضة" التى تنتشر فى العالم توهم الناس بأن العقوبات البدنية فيها قسوة أو أنها تخلف ووحشية، وهم يرون بأعينهم المساوئ الكثيرة الناتجة عن عقوبات الحبس. ومع ذلك لا يستطيعون التحرر من تيارات "الموضة" ويفترضون أن الحبس ليس عقوبة بدنية مع أنها تضر بالصحة البدنية والنفسية أيضا فى نظرنا .

إننى لا ألوم فقيهنا على توسعه فى إثبات عيوب السجون ومساوئها، وأتمنى أن يقتنع القارئ بحجته وبيانه .

ومع ذلك، فإن المشكلة التى تشغلنى دائما ليست هى نوع العقوبة التى يجب توقيعها على مرتكب الجرائم، وإنما هى فى وجود من يمارسون السلطة ويجلسون على مقاعدها ويملكون مقاليدها، ويلقون بالأبرياء فى السجون، أو يفرضون عليهم عقوبات ظالمة تصل إلى حد القتل والإعدام كما حدث بالنسبة لفقيهنا وأمثاله.. مرة بعد أخرى، ولا يجدون من يحاسبهم أو يعاقبهم، وهم أولى فى نظرى بالعقاب على هذا البغى.

إننى واثق بأن فقيهنا لو عاد ليقرأ ما كتبه فى المطالبة بتشديد العقوبات على مرتكبى الجرائم، فإنه سيرى أن ما حدث فعلا هو أن السجون تفرغ من حين لآخر من المجرمين المحكوم عليهم قضائيا بالعقوبات الجنائية ، ليحل محلهم مظلومون مفترى عليهم من أمثاله الذين يقاسون السجون بحجة أنهم معتقلون أو أنهم محكوم عليهم من محاكم عسكرية بمقتضى قوانين صنعت خصيصا لتسويغ القسوة على الأبرياء والصالحين .

إنه بلا شك سيكون مؤيدا لنا إذا كنا نطالب أولا بالعدالة المتوازنة حتى لا يظلم الأبرياء وتفرض عليهم العقوبات، بأمر ممن هم أولى بالعقاب وأعوانهم ....

* * *

العلاج الذى يقدمه للتخلص من عيوب الأنظمة الوضعية فى التشريع الجنائى يبدأ بتغيير النظام العقابى من أساسه والالتزام بأصول التشريع الإسلامى ومبادئه .

والميزة الأولى لهذا الاتجاه فى نظره أن العقوبات المقدرة تحد من ميل القضاة إلى تخفيف العقوبات بحجة الظروف الشخصية لكل متهم على حدة. وقد سبق أن أكدنا أن الظروف الشخصية لا يمكن تجاهلها فى نطاق جرائم الحدود، ولا فى القصاص بالشروط التى ذكرناها.

❁ رأينا أن فقهنا الجنائي يحتاج فى كثير من المواضع إلى تجديد ومراجعة :

صحيح أن تلك الجرائم تمس كيان الجماعة، وتهدد قيمها الثابتة وأسس المجتمع والحقوق الإنسانية المقدسة، لكن علاج المجرم وإصلاح حاله هو من أهداف التشريع الجنائى كله بما فى ذلك الحدود والقصاص .

الميزة الثانية فى نظره هى عدم الاعتماد على عقوبات الحبس والسجن، وهى عقوبات لا وجود لها فى الحدود والقصاص، ويرى أن تحل محلها العقوبات البدنية، وفى نظره أنها أصلح من السجن نظرا لما هو معروف من مساوئ مجتمع السجون ومفاسده .

ولنا بعض المقترحات سنعرضها فى نهاية هذا الباب فيما يلى :

مقترحاتنا لتجديد الفقه وتقنينه :

إننا لا نؤيد قوله: "إن فقهنا يجيز عقوبة الحبس غير محدد المدة الذى يقول إن "المجرم" يبقى فيه بعيدا عن الجماعة حتى يموت". وإن الفقه الذى يقرر ذلك إنما يعهد للقاضى المشرف على تنفيذ العقوبة بأن يحدد الوقت الذى يخلى فيه سبيل المسجون حسبما يرى من تحسن سلوكه. إننا لا نوافق على ذلك، لأن فقهاءنا عندما قرروا ذلك كانوا يفترضون أن يكون القاضى مجتهدا .

يرى – كما قلنا من قبل – أن عقوبة الجلد فورية، وهى أولى من عقوبة الحبس التى تعرض المحكوم عليه لعدوى الإجرام فى السجون وخاصة إذا بقى مدة طويلة ...

إننا نؤيده فى ضرورة مواجهة مساوئ السجون وإيجاد بديل لعقوبات السجن طويل الأمد. ولا نرى مانعا من تجربة عقوبة الجلد أو الضرب كبديل عنها، كما يقترح.

* * *

إضافة إلى المقترحات التى عنى فقيهنا بعرضها لمعالجة عيوب النظام الجنائى الوضعى، وما انتهى إليه من ضرورة الالتزام بأصول التشريع الإسلامى ومبادئه، يجب علينا أن نذكر القارئ بمقترحاتنا لتجديد الفقه الجنائى ومعالجة ما شابه من قصور فى عصور التخلف التى أدت إلى تمكين بعض النظم من تعطيل تطبيقه واستيراد قوانين أجنبية أصبحت هى "القوانين الجنائية الوضعية فى بلادنا" .

أول ما أبديناه، هو ضرورة العناية بأحكام التعازير وقيام الفقه بتقنينها بدلا من الاكتفاء بالقول بأنها متروكة للقاضى .

إننا فى مرحلة جديدة من مراحل التشريع الجنائى الإسلامى، تستلزم مزيدا من الضوابط التى يلتزم بها القضاة فى نطاق التعازير ، وهذه الضوابط لا بد لها من أن توضع فى نصوص لتقنين التعازير .

إن المشرع الإلهى قد عنى عناية خاصة بالجرائم الخطيرة التى تهدد أسس المجتمع وقيمه الثابتة، ولذلك فرض لها عقوبات مقدرة حدا أو قصاصا أو دية .

ونتيجة لذلك، عنى الفقه بوضع "ضوابط" لهذه العقوبات المقدرة حدا أو قصاصا لأنها تشمل جزاءات بدنية تُعَدّ عقوبات قصوى لها خطورتها التى تقتضى الالتزام بشروط وأحكام معينة للحكم بها وتنفيذها حتى لا يساء استعمالها ولا يتوسع فيها .

❁ ما قام به فقيهنا هو بداية علينا أن نواصل ما بدأه :

لقد قلنا بأن ولاية التعزير هى الأصل فى الجزاءات الجنائية فى جميع الجرائم بما فى ذلك ما يستحق عقوبة مقدرة حدا أو قصاصا كلما امتنع توقيع تلك العقوبات لسبب أو لآخر متى ثبت توافر أركان الجريمة. وأركان الجريمة ضرورية لوجوب التعزير، أما الحدود والقصاص فإنها تستلزم توافر شروط إضافية إلى أركان الجريمة، وهذه الشروط الإضافية هى التى تكون الظرف المشدد الذى يستوجب عقوبة قصوى، وعلى المقنن أن يستنبطها ويبينها عند تقنين الحدود .

إن نصوص الكتاب والسنَّة إذا كانت قد اقتصرت على جرائم الحدود والقصاص لخطورتها وتركت ما عداها للاجتهاد والإجماع والفقه، فمعنى ذلك أن يَعُدَّ الفقهاء مسئوليتهم ومهمتهم الكبرى هى وضع أحكام التعازير وما يلزم لتطبيقها من شروط وضوابط.

لكنا نلاحظ أن عناية الفقهاء بهذا الواجب، قد تأثر بالمبدإ الذى وضعوه، وهو أن ولاية التعزير للقضاة، حتى إن كثيرا منهم جعل ذلك حجة للتخلى عن مسئوليتهم ودورهم فى تحديد أركان جرائم التعازير بحجة أن ذلك من اختصاص القضاة .

إننا نرى أن المرحلة الحالية تستلزم من الفقه الآن وفى المستقبل، أن يقوم بدور أكبر من ذلك فى تقنين التعازير، أى وضع نصوص لتحديد الجرائم وشروط العقاب أو التعزير على كل منها والضوابط اللازمة للحكم بالتعزير فى كل جريمة من الجرائم، بل ونوع الجزاء التعزيرى ومقداره فى نطاق حد أقصى وحد أدنى كلما كان ذلك لازما ....

* * *

لقد أحسن فقيهنا الشهيد فى التنبيه على أن بداية هذه المهمة الكبرى هى استنباط المبادئ الأساسية التى تدخل فى نطاق ما يسمى فى الفقه المعاصر "القسم العام فى التشريع الجنائى" الذى خصص له المجلد الأول من كتابه الذى التزمنا بمراجعته ...

وقد اشتمل هذا القسم العام على كتابين أولهما فى الجريمة والثانى فى العقوبة، وكلاهما تضمن القواعد العامة التى تحكم الجرائم والعقوبات .

ونظرا لأن أسلافنا لم يعنوا بتقديم دراسة للقسم العام، سواء فى العقوبات أو فى الجرائم، فإن مهمة فقيهنا كانت شاقة وصعبة، وقد بذل جهدا كبيرا مشكورا ليكون أول عالم فى تاريخ الفقه الإسلامى يقوم بهذا المشروع الفذ .

❁ نحن فى بداية عصر التقنينات الفقهية :

ونحن نشهد له بأنه نجح إلى حد كبير فى استنباط المبادئ العامة للتشريع الجنائى الإسلامى، سواء فى موضوع الجريمة أو موضوع العقوبة، وإن كنا نلاحظ أن موضوع التوبة كان يستحق منه عناية أكبر .

* * *

لقد استطاع فقيهنا أن يلتزم بعرض ما توصل له فقهاؤنا فى هذا المجال بأمانة وثقة مكنته من أن يظهر ما تميزت به شريعتنا وفقهنا من تفوق عند مقارنتها بالقوانين الوضعية وفقهها المعاصر. وأن يدافع عن أحكامها التى تتعرض للهجوم ممن يجهلونها أو يعادونها، فى العصر الحاضر.

وقد لاحظ أن كثيرين من زملائه من رجال القانون لم يتح لهم فرصة دراسة الفقه دراسة كافية، لذلك يحتاجون إلى أن تقدم لهم أحكام شريعتنا وفقهنا بأسلوب عصرى تستخدم فيه مصطلحات القوانين الوضعية وتبويبات الفقه الحديث الذى درسوه ولم يدرسوا غيره، فكان هو أول باحث عصرى ينجح فى عرض فقهنا الجنائى عرضا شاملا على هذه الصورة .

بذلك أصبح واجب جيلنا والأجيال اللاحقة أن يواصلوا عمله فى هذا الاتجاه، وقد حاولنا نحن أن نقوم ببعض الجهد فى هذا الصدد، ولا شك فى أن من يأتون بعدنا سيكونون أقدر على ذلك فى المستقبل.

* * *

إننا نعتقد أن موضوع تقنين التعازير بمعرفة أهل الاجتهاد والفقهاء من أهم الموضوعات العاجلة والمستقبلية، وقد بذلت جهود كبيرة فى هذا المجال ونأمل أن يقوم علماؤنا وباحثونا فى المستقبل بدورهم كاملا فى تقنينها، مستفيدين بما قدمه أسلافهم ومما قام به فقيهنا الشهيد .

وقد أشار فقيهنا مرارا إلى ما سماه جرائم التعازير، وعلقنا على كل ما قاله فى هذه الصدد، وخاصة عند كلامه عن تقسيم الجرائم، وانتقدنا اعتماده على الأسلوب الشائع فى التقنين الوضعى الذى يَعُدُّ التقسيم الأساسى للجرائم هو ما يعتمد على نوع العقوبة ومقدارها .

ورأينا هو أن شريعتنا قد اعتمدت فى تحديدها لجرائم الحدود والقصاص على نوع الحقوق التى تهددها تلك الجرائم، وأولها الحقوق الإنسانية الأساسية مثل حقوق الحياة

❁ التعازير هي الأصل، والتوبة تحتاج إلى عناية أكبر :

وسلامة الأبدان فى القصاص والقيم الاجتماعية والأخلاقية لحماية الأسرة والملكية والعقل وأمن الطريق فى الحدود .

كما أننا عارضنا عَدَّ التعازير عقوبات أو جزاءات لنوع خاص من الجرائم، لأنها فى نظرنا تتسع لجميع الجرائم وتطبق فيها جميعا بما فى ذلك ما يستحق منها عقوبات الحدود والقصاص عندما يتعذر الحكم بتلك العقوبات القصوى لسبب من الأسباب.

وفيما يتعلق بالعقوبات التعزيرية حاولنا تصنيفها وعرضها بحسبانها مطبقة فى جميع الجرائم (بما فى ذلك ما تستحق عقوبة مقدرة عندما يتعذر الحكم بها لسبب شرعى) .

وقد تبين لنا من عرضها أن كثيرا منها هو عقوبة مقدرة فى الجرائم الخطيرة، فهى مشتركة بين جميع الجرائم. وهذا يقتضى منا بذل جهد أكبر لدراستها بل وتقنينها بدلا من الاكتفاء بترك تقديرها للقضاء دون ضوابط مقننة .

ونقده لإهمال المشرع الوضعى وتوسيعه سلطة القضاء فى تخفيف العقوبات يؤيد مطالبتنا بأن يتولى فقهاؤنا تقنين التعازير حتى لا يترك القضاء بدون ضوابط عند تقدير الجزاء الذى تستحقه كل جريمة .

ويجب أن نلاحظ أن شريعتنا إذا كانت قد فرضت العقوبات القصوى فى الحدود والقصاص، فإنها مقابل ذلك قد توسعت فى فتح باب التوبة التى يترتب عليها الاستغناء عن العقوبات عندما تكون توبة نصوحا، لذلك سوف نهتم ببحث موضوع التوبة أكثر مما فعل فقيهنا.

الباب الثالث
تعدد العقوبات

〈عوده〉 ٥٠٧ ـ *تعدد العقوبات وتعدد الجرائم* : تتعدد العقوبات كلما تعددت الجرائم . وتتعدد الجرائم كلما ارتكب شخص جرائم متعددة قبل الحكم عليه نهائيا فى واحدة منها، وهذا هو المعنى الفنى للتعدد.

وتعدد الجرائم إما صورى وإما حقيقى. فهو صورى إذا ارتكب الجانى فعلا واحدا يدخل تحت صور شرعية مختلفة، ويحدث ذلك كلما انطبق على الفعل أكثر من نص واحد كضرب الموظف فى أثناء تأدية وظيفته، فالفعل يمكن أن يكون ضربا ويمكن أن يكون مقاومة وتعديا. أما التعدد الحقيقى فيوجد كلما تعددت أفعال الجانى بحيث يكون كل واحد منها جريمة مستقلة.

* * *

الفرق بين تعدد العقوبات وبين العود : ويختلف تعدد العقوبات عن العود. ففى تعدد العقوبات يرتكب الجانى عدة جرائم قبل أن يحكم عليه فى إحداها .أما فى العود فيرتكب الجانى جريمته الثانية بعد أن يعاقب على جريمته الأولى .

ويقضى المنطق بألاَّ يعاقب المجرم فى حالة تعدد الجرائم على كل جرائمه، ولو أنَّ ارتكابه لهذه الجرائم المتعددة يدل على ميوله الإجرامية؛ لأنه عندما عاد لارتكاب الجرائم لم يكن عوقب على أى جريمة سابقة وأخذ درسا عنها، فهو يختلف من هذه الوجهة عن العائد الذى سبق عقابه وأنذر بهذا العقاب أن يسلك سلوكا مستقيما .

* * *

٥٠٨ ـ *القوانين الوضعية والتعدد* : عرفت القوانين الوضعية ثلاث طرق مختلفة فى حالة تعدد الجرائم :

الأولى : طريقة الجمع – ويأخذ بهذه الطريقة القانون الإنجليزى، ومقتضاها أن يوقع على الجانى مجموع العقوبات المقررة لكل الجرائم التى ارتكبها .

وعيب هذه الطريقة الإفراط فى العقاب؛ لأن الجمع بين العقوبات قد يؤدى إلى أن تبلغ العقوبة حدا مفرطا فى الشدة. فالحبس وهو عقوبة مؤقتة، إذا تعدد أصبح عقوبة مؤبدة، والغرامات إذا تعددت قد تؤدى إلى مصادرة تامة لأموال المحكوم عليه .

<عوده> الثانية : طريقة الجَبّ – ومعنى الجَبّ أن تقضى العقوبة الأشد على غيرها من العقوبات، فمقتضى هذه الطريقة ألا يوقع على الجانى سوى أشد العقوبات المقررة للجرائم التى ارتكبها .

وعيب هذه الطريقة التهاون والتفريط. فالشخص الذى يرتكب عشر جرائم مثلا يعاقب بعقوبة الجريمة الأشد فقط دون غيرها من العقوبات، ومعنى هذا أن من يرتكب جريمة خطيرة يعاقب عليها بعقوبة شديدة يكون فى حل من ارتكاب الجرائم الأبسط منها طالما أنه لم يعاقب على جريمته الخطيرة .

الثالثة: الطريقة المختلطة– وقد عولجت عيوب الطريقتين السابقتين بهذه الطريقة الثالثة، وتدعى بالمختلطة أو المتوسطة، وتعنى بالجمع بين الطريقتين الأوليين أو بتقييد إطلاقهما. فهى تجيز الجمع بين العقوبات على ألاّ يتجاوز مجموعها حدا معينا، وتعيين الحد الأقصى للعقوبة قصد منه منع الإفراط فى العقاب. وهى تعالج طريقة الجب بتشديد العقوبة الواحدة التى يحكم بها .

وقد جمعت أكثر التشريعات الوضعية الحديثة بين طريقة التعدد والجب مع تقييدهما .

٥٠٩ـ *قانون العقوبات المصرى* : ويأخذ قانون العقوبات المصرى بقاعدة تعدد العقوبات حيث نصت المادة ٣٣ منه على أن العقوبات المقيدة للحرية تتعدد إلا ما استثنى بنص المادتين ٣٥،٣٦ . والأولى منهما تنص على أن عقوبة الأشغال الشاقة تجب بمقدار مدتها كل عقوبة مقيدة للحرية محكوم بها لجريمة وقعت قبل الحكم بالأشغال الشاقة المذكورة . والثانية منهما تنص على أنه إذا ارتكب شخص جرائم متعددة قبل الحكم عليه من أجل واحدة منها وجب ألا تزيد مدة الأشغال الشاقة المؤقتة على عشرين سنة ولو فى حالة تعدد العقوبات، وألاّ تزيد مدة السجن أو مدة السجن والحبس على عشرين سنة، وألاّ تزيد مدة الحبس وحده على ست سنوات .

فالقانون المصرى يأخذ بنظرية التعدد، ولكنه يقيدها من ثلاثة وجوه :

الأول : أن عقوبة الأشغال الشاقة تجب بمقدار مدتها كل عقوبة أخرى مقيدة للحرية محكوم بها لجريمة وقعت قبل الحكم بالأشغال الشاقة. فمن كان محكوما عليه بالسجن عشر سنوات ثم حكم عليه بالأشغال الشاقة لمدة خمس سنوات، نفذت عليه

<عوده> عقوبة الأشغال الشاقة ونفذ عليه من عقوبة السجن خمس سنوات فقط. ومعنى هذا أن القانون المصري يأخذ بطريقة الجب ولكنه لا يأخذ بها على إطلاقها .

الثاني : ألا يزيد الحد الأعلى مهما تعددت العقوبات على عشرين سنة إذا كانت العقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة، وألاّ تزيد مدة السجن أو مدة السجن والحبس معا على عشرين سنة، وألاّ تزيد مدة الحبس على ست سنوات. ومعنى هذا أن القانون المصرى يأخذ بطريقة الجمع بين العقوبات ولكنه لا يأخذ بها على إطلاقها .

الثالث : فى حالة التعدد الصورى تطبق عقوبة الصورة القانونية الأشد، وفى حالة التعدد الحقيقى تطبق العقوبة الأشد أيضا بشرط أن تكون الجرائم ارتكبت لغرض واحد، وأن تكون مرتبطة ارتباطا لا يقبل التجزئة كما تنص على ذلك المادة ٣٢ عقوبات، وهذا قيد على طريقة الجمع .

ويلاحظ أن القوانين الوضعية لم تقيد نظرية تعدد العقوبات على الوجه السابق إلا فى القرن الماضى، أما قبل ذلك فكانت العقوبات تتعدد بصفة مطلقة دون أى قيد .

٥١٠ـ *الشريعة والتعدد* : عرفت الشريعة من يوم وجودها نظرية تعدد العقوبات، ولكنها لم تأخذ بها على إطلاقها، وإنما قيدتها بنظريتين أخريين الأولى: هى نظرية التداخل، والثانية هى نظرية الجب .

نظرية التداخل : معنى التداخل هو أن الجرائم فى حالة التعدد تتداخل عقوباتها بعضها فى بعض بحيث يعاقب على جميع الجرائم بعقوبة واحدة، ولا ينفذ على الجانى إلا عقوبة واحدة كما لو كان ارتكب جريمة واحدة[1]. وتقوم نظرية التداخل على مبدأين :

أولهما: أن الجرائم إذا تعددت وكانت من نوع واحد كسرقات متعددة أو زنا متعدد أو قذف متعدد، فإن العقوبات تتداخل ويجزى عنها جميعا عقوبة واحدة. فإذا ارتكب الجانى جريمة أخرى من نفس النوع بعد إقامة العقوبة عليه وجبت عليه عقوبة أخرى.

والعبرة بتنفيذ العقوبة لا بالحكم بها. فكل جريمة وقعت قبل تنفيذ العقوبة تتداخل عقوبتها مع العقوبة التى لم يتم تنفيذها بعد .

---

(١) شرح فتح القدير ج٤ ص ٢٠٨ – شرح الزرقانى ج٨ ص ١٠٨ – أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٧ – المغنى ج١٠ ص١٩٧.

<عوده> وتُعَدُّ الجرائم على الرأى الراجح من نوع واحد ما دام موضوعها واحدا ولو اختلفت أركانها وعقوباتها، كالسرقة العادية والحرابة، فكلاهما سرقة وإن اختلفت أركانهما وعقوباتهما. وكالزنا من محصن والزنا من غير محصن فكلاهما زنا، وفى مثل هذه الحالات تكون العقوبة الأشد هى الواجبة .

تعليل هذا المبدإ: وأساس هذا المبدإ أن العقوبة شرعت بقصد التأديب والزجر، وأن عقوبة واحدة تكفى لتحقيق هذين المعنيين، فلا حاجة إذن لتعدد العقوبات ما دام المفروض أن عقوبة واحدة تكفى لإحداث أثرها وتمنع المجرم من ارتكاب الجريمة مرة أخرى. وإذا كان من المحتمل عقلا أن يعود المجرم لارتكاب الجريمة، فإن هذا الاحتمال وحده لا يكفى ما دام لم يثبت قطعا أن العقوبة لم تردعه، فإذا ثبت هذا بأن ارتكب جريمة فعوقب عليها ثم عاد لها بعد ذلك فقد وجب أن يعاقب على جريمته الأخيرة؛ لأنه قد تبين على وجه اليقين أن العقوبة الأولى لم تكن زاجرة ولا رادعة للجانى .

ثانيهما: أن الجرائم إذا تعددت وكانت من أنواع مختلفة، فإن العقوبات تتداخل ويجزى عن الجرائم جميعا عقوبة واحدة، بشرط أن تكون العقوبات المقررة لهذه الجرائم قد وضعت لحماية مصلحة واحدة أى : لتحقيق غرض واحد. فمن أهان موظفا وقاومه وتعدى عليه، عوقب بعقوبة واحدة على هذه الجرائم الثلاث التى وضعت عقوباتها لغرض واحد هو حماية الموظف والوظيفة، ومن تناول ميتا ودما ولحم خنزير عوقب على هذه الجرائم الثلاث بعقوبة واحدة؛ لأن عقوباتها جميعا وضعت لغرض واحد هو حماية صحة الفرد والجماعة .

والعبرة فى التداخل بتنفيذ العقوبة لا بالحكم بها. فكل جريمة وقعت قبل تنفيذ العقوبة تتداخل عقوبتها مع العقوبة التى لم يتم تنفيذها .

ويرون فى مذهب مالك أن عقوبة الشرب وعقوبة القذف تتداخلان، فلا يعاقب على الجريمتين عند التعدد إلا بعقوبة واحدة، وحجتهم فى ذلك أن الغرض من العقوبتين واحد؛ لأن من شرب هذى ومن هذى افترى فعقوبة الشرب وضعت إذن لمنع الافتراء. ولكن المذاهب الأخرى تخالف مذهب مالك فى هذا المثل بالذات؛ لأن عقوبة القذف قصد بها حماية الأعراض وعقوبة الشرب قصد بها حماية العقول، فإحداهما وضعت لغرض يخالف الغرض الذى وضعت له الأخرى.

<عوده> ويرى بعض المالكية أن التداخل بين عقوبة الشرب وعقوبة القذف يرجع إلى اتحاد مقدارهما، وهؤلاء يجعلون أساس التداخل اتحاد الموجب وليس اتحاد الغرض من العقوبة، ولكن ليس لهذا الرأى صدى فى المذاهب الأخرى[1].

أما إذا كانت الجرائم المتعددة من أنواع مختلفة ولم يجمع بين عقوباتها غرض واحد، كأن ارتكب الجانى سرقة فى المرة الأولى ثم زنا فى الثانية وقذف فى الثالثة، فإن العقوبات لا تتداخل فى هذه الحالة وإنما تتعدد بتعدد الجرائم المختلفة .

نظرية الجب : معنى الجب فى الشريعة هو الاكتفاء بتنفيذ العقوبة التى يمتنع مع تنفيذها تنفيذ العقوبات الأخرى. ولا ينطبق هذا المعنى إلا على عقوبة القتل، فإن تنفيذها يمنع بالضرورة من تنفيذ غيرها، ومن ثم فهى العقوبة الوحيدة التى تجب ماعداها.

ولم يتفق الفقهاء على تقرير نظرية الجب. فمالك وأبو حنيفة وأحمد يقررونها، ولكن الشافعى ينكرها. والذين اعترفوا بها يختلفون فى مدى تطبيقها .

فمالك يرى أن كل حد اجتمع مع القتل لله أو القصاص لأحد من الناس فإنه لا يقام مع القتل، والقتل يجب جميع ذلك إلا الفرية (أى القذف) فإن حد الفرية يقام عليه ثم يقتل. ولا يقام عليه مع القتل غير حد الفرية وحدها لئلا يقال لصاحبه مالك لم يضرب لك فلان حد الفرية[2].

ويرى أحمد أنه إذا اجتمعت حدود الله تعالى وفيها قتل مثل أن سرق وزنا وهو محصن وشرب وقتل فى المحاربة استوفى القتل وسقط سائرها. فإذا اجتمعت مع الحدود حقوق الآدميين وفيها قتل استوفى حق الآدمى ودخلت حدود الله فى القتل سواء كان القتل حدا أو قصاصا. فمن قطع إصبع شخص وقذفه ثم شرب وسرق وزنا وقتل آخر فإن إصبعه تقطع قصاصا ثم يحد للقذف ثم يقتل ويسقط ما عدا ذلك[3].

والأصل عند أبى حنيفة إذا اجتمعت الحدود أن يقدم حق العبد فى الاستيفاء على حق الله عز وجل أى على حق الجماعة لحاجة العبد إلى الانتفاع بحقه، فإذا لم يمكن استيفاء حقوق الله بعد ذلك تسقط ضرورة، أما إذا أمكن استيفاؤها فإن كان فى إقامة شىء منها إسقاط البواقى يقام ذلك المسقط درءا للبواقى لقوله عليه الصلاة

---

(١) شرح الزرقانى ج٨ ص١٠٨ .

(٢) المدونة ج١٦ ص١٢

(٣) الإقناع ج٤ ص٢٤٨ وما بعدها.

﴿عوده﴾ والسلام: "ادرءوا الحدود ما استطعتم". فإذا قتل شخص آخر وزنا وهو غير محصن وشرب خمرا قتل قصاصا وسقط حد الزنا والشرب؛ وإن زنا وهو محصن وقذف وسرق وشرب يبدأ بحد القذف؛ لأنه متعلق بحق آدمى ثم يرجم ويسقط ما عدا ذلك من الحدود، وإذا اجتمع مع هذه الحدود قصاص فى النفس بدئ بالقذف ثم قتل قصاصا ويدرأ ما سوى ذلك إلا أن المحكوم عليه يضمن فى ماله السرقة فى الحالين[1]. ورأى أبو حنيفة كما هو ظاهر يتفق مع رأى أحمد.

أما الشافعى فلا يعترف كما قلنا بنظرية الجب، ويرى أن تنفذ العقوبات كلها واحدة بعد أخرى ما لم يتداخل بعضها فى الآخر، على أن يبدأ أولا بحق الآدميين فيما ليس فيه قتل، ثم بحق الله أى بحق الجماعة فيما لا نفس فيه أى لا قتل فيه ثم يجىء القتل من بعد ذلك. فإذا اجتمعت مثلا على رجل حدود: حد بكر فى الزنا، وحد فى القذف، وحد فى السرقة، وحد فى قطع طريق يقطع فيه أو يقتل، وقصاص فى قتل رجل، فيحد أولا فى القذف، ثم يحبس حتى يبرأ فيحد فى الزنا، ثم يحبس حتى يبرأ ثم تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى للسرقة وقطع الطريق، ثم يقتل بعد ذلك، فإذا مات فى أحد الحدود سقطت بموته الحدود التى لله عز وجل وبقيت فى ماله حقوق الآدميين كالدية والمال المسروق. وهكذا يؤخر الشافعى القتل لأنه لا يسلم بنظرية الجب[2] .

ويرى بعض الشافعية أن الجانى لو سرق سرقة عادية ثم قطع الطريق لم يقطع للسرقة العادية وقتل لقطع الطريق، وأنه إذا زنا قبل أن يحصن فجلد ثم زنا ثانية قبل أن يغرب كفاه تغريب واحد، وأنه إذا زنا غير محصن ثم زنا بعد إحصانه وقبل تنفيذ عقوبة الجلد دخل الجلد فى الرجم. وأساس امتناع القطع والتغريب والجلد ليس الجب وإنما أساسه تطبيق نظرية التداخل، فالسرقة العادية من نوع قطع الطريق وإن كانت أقل درجة حتى ليسمى قطع الطريق بالسرقة الكبرى والسرقة العادية بالسرقة الصغرى. والتغريب عقوبة للزنا فإذا لم ينفذ فى الزنا الأول أجزأ تغريب واحد عن الزنا مرتين. والجلد عقوبة الزانى غير المحصن فإذا زنا قبل أن يجلد أجزأه عقاب واحد هو عقاب الزانى المحصن[3] .

---

(1) شرح فتح القدير ج٤ ص٢٠٨- بدائع الصنائع ج٧ ص٦٢.

(2) المهذب ج٢ ص٣٠٥ .

(3) أسنى المطالب ج٤ ص١٥٧ .

507 – 510 – التعدد الصورى والحقيقي للجرائم ومبدأ التداخل والجب :

أشار إلى أن التعدد الصورى للجرائم هو انطباق أكثر من نص على فعل واحد، وحكمه فى القانون المصرى (فى نهاية البند 509) حيث تقضى المادة 32 عقوبات بأن تطبق عقوبة واحدة هى عقوبة الجريمة الأشد .

ونلاحظ أنه لم يشر إلى أقوال الفقهاء بشأن التعدد الصورى ولا أحكام التشريعات الوضعية المختلفة، وقد يفهم من ذلك أن ما أشار له القانون المصرى هو حكم لا خلاف عليه لأنه فى الحقيقة ليس تعددا لأن الفعل واحد .

أما التعدد الفعلى أو الحقيقى فشرطه أن تقع جرائم متعددة من الجانى قبل أن تنفذ عليه عقوبة أى منها، ويختلف عن التعدد الصورى فى أن كل جريمة نتجت عن فعل متميز عن الجريمة الأخرى، لكنه لم يعاقب على أى منها قبل ارتكاب غيرها .

وموقف التشريعات المختلفة بالنسبة له يتراوح بين اعتماد مبدإ تعدد العقوبات دون قيد ولا شرط، وهذا هو ما عرفته القوانين الوضعية قبل القرن الماضى، وما زال القانونان الإنجليزى والأمريكى يسيران عليه .

يقابل ذلك اتجاه مناقض للسابق، أى أن بعض التشريعات تطبق نفس المبدإ المقر للتعدد الصورى، أى أن تفرض عقوبة واحدة لجميع الجرائم (هى العقوبة الأشد) .

ويرى أن أغلب التشريعات ومنها القانون المصرى، تأخذ بحل وسط ولا تقر التطرف فى أى من هذين الاتجاهين، ويعرض علينا آراء عديدة فى الفقه الإسلامى كلها تضع قيودا على تعدد العقوبات.. بتطبيق مبدإ التداخل أو الجب .

يرى أن الفقه الإسلامى لا يأخذ بتعدد العقوبات، وإنما يقرر الحكم فى الجرائم المتعددة بعقوبة واحدة، وهذا هو التداخل، ويشترطون لذلك أن تكون الجرائم المتعددة من نوع واحد أو لغرض واحد .

لكنهم يقرون بتعدد العقوبات عن الجرائم المتعددة، أى أن تفرض لكل منها عقوبتها إذا لم تكن الجرائم المتعددة لغرض واحد ولا من نوع واحد، لكن فى هذه الحالة يطبق مبدأ "الجب" فى نظر أغلب الفقهاء على تفصيل أورده .

❁ مبدأ التداخل والجب يحد من تعدد العقوبات فى فقهنا :

عقوبة القتل أو الإعدام تجب غيرها، لأن تنفيذها يجعل من العبث تنفيذ غيرها فى نظر كثيرين، ولكن هناك خلافات بين الفقهاء فى تطبيق هذا المبدإ ذكرها بالتفصيل. أهم هذه الخلافات أن الشافعى لا يعترف بالجب؛ بل يرى تعدد العقوبات على تفصيل فيما يتعلق بترتيب التنفيذ .

أما أبو حنيفة، فيعطى الأولوية للعقوبات التى تعلق بها حق للأفراد مثل عقوبة القصاص وعقوبة القذف، ولا مانع عنده من إسقاط العقوبات الأخرى التى توصف بأنها حقوق خالصة لله (أى للمجتمع) وذلك تطبيقا للحديث النبوى الشريف: "ادرءوا الحدود ما استطعتم " ....

<عوده> ٥١١ ـ *مقارنة بين الشريعة والقانون* : أساس القيود الموضوعة لنظرية التعدد فى الشريعة هو نفس الأساس الذى تقوم عليه هذه القيود فى القوانين الوضعية، فكلاهما يرى أن الجانى كان معذورا عندما ارتكب جريمته الثانية لأنه لم يكن عوقب على الأولى، وكلاهما يرى أن تعدد العقوبات دون قيد يؤدى إلى نتائج يأباها العقل ومنطق التشريع .

وبالرغم من هذا الاتفاق بين الشريعة والقانون، فإن الشريعة جاءت أدق منطقا من القوانين الوضعية فى تطبيق نظرية التعدد وتقييد هذه النظرية. ونجد هذه الدقة متمثلة فى تطبيق نظرية التداخل حيث لم تطبقها الشريعة على إطلاقها، بل طبقتها فقط فى حالة الجريمة الواحدة إذا تكرر وقوعها، وفى الجرائم المختلفة التى يجمع بين عقوباتها غرض واحد، ولم تطبقها فيما عدا ذلك من الجرائم. وعلة هذا أن لكل جريمة عقوبتها، فإذا ارتكب الجانى جريمة وتكرر منه ارتكاب نفس الجريمة قبل أن يعاقب على ما ارتكبه سابقا، فمن المعقول أن يعتذر للجانى بأنه لم يعاقب على جريمته الأولى فلا معنى لتعدد العقوبة. أما إذا ارتكب الجانى جرائم مختلفة فإن عدم عقابه على إحداها لا يقوم له عذرا فى ارتكاب الجريمة الثانية؛ لأن كل جريمة محرمة لذاتها ولها عقوبة خاصة، وعقوبة الجريمة الواحدة لم توضع لمنع الجانى عن كل الجرائم وإنما وضعت لمنعه عن ارتكاب جريمة بالذات. وقد روعى فى وضع كل عقوبة اعتبارات خاصة لا تتوافر فى غيرها. فروعى مثلا فى تقرير عقوبة السرقة اعتبارات خاصة لمنع الجانى من السرقة، وروعى فى عقوبتى الجلد والرجم اعتبارات خاصة لمنع الجانى من مقارفة الزنا، وهكذا. ومن ثم كانت عقوبة القذف لا تصلح عقوبة للسرقة ولاتجدى فى الردع عنها، وكانت عقوبة السرقة لا تصلح عقوبة للقتل ولا تفيد فى منع هذه الجريمة، وكان الواجب نتيجة لهذا المنطق أن تتعدد العقوبة فى الجرائم المختلفة، وأن يعاقب الجانى على كل نوع منها بعقوبته الخاصة .

أما القوانين الوضعية، فتخالف الشريعة فى هذه النقطة وتجعل عدم العقاب فى جريمة ما عذرا للجانى فى ارتكاب أى جريمة أخرى، سواء أكانت الجريمتان من نوع واحد أو من نوعين مختلفين .

ونظرية التداخل فى الشريعة أوسع مدى منها فى القانون الوضعى؛ لأن القانون لا يعرف التداخل إلا فى حالة واحدة فقط هى ارتكاب الجانى عدة جرائم لغرض واحد وبشرط أن تكون هذه الجرائم مرتبطة ارتباطا لا يقبل التجزئة. والشراح

﴿عوده﴾ يصفون هذه الحالة بأنها جب على أساس أن العقوبة الأشد هى التى توقع، ولكن الوصف الصحيح لها أنها تداخل؛ لأن كل الجرائم يعاقب عليها بعقوبة واحدة. والأصل أن الجب يكون بعد الحكم بالعقوبة، أما التداخل فيكون قبل الحكم بها وبعده، وحالة التداخل التى يسلم بها القانون تشبه إلى حد كبير المبدأ الثانى للتداخل فى الشريعة .

وإذا كانت القوانين الوضعية قد أخذت بنظرية التداخل على الوجه السابق، فإنها تخالف الشريعة فى الأساس الذى بنى عليه التداخل. فالقانون الوضعى يجعل أساس التداخل أن يرتكب الجانى جرائمه لغرض واحد، وأن تكون الجرائم مرتبطة ارتباطا لايقبل التجزئة، أما الشريعة فتجعل أساس التداخل فى هذه الحالة أن تكون عقوبات الجرائم وضعت لغرض واحد. وهذا الفرق يمثل الروح التى تسيطر على كل تشريع. فالقانون يجعل نظرية التداخل خاضعة للغرض الذى يتوخاه الجانى من الجريمة، أما الشريعة فتجعل نظرية التداخل خاضعة للغرض الذى توخاه الشارع من التشريع، وهكذا نجد القانون الوضعى مضطرب المنطق متناقض الاتجاهات بينما نجد الشريعة سليمة المنطق موحدة الاتجاهات.

ومن أوجه الخلاف بين الشريعة والقوانين الوضعية فى هذا الباب، أن القوانين جعلت حدا أعلى للعقوبات لايصح أن تتعداه بحال مهما تعددت، ولم تضع الشريعة مثل هذه القاعدة. والضرورة وحدها هى التى أوجدت هذا القيد فى القوانين الوضعية؛ لأن العقوبة الأساسية فى القوانين هى الحبس بأنواعه المختلفة من حبس بسيط إلى حبس مع الشغل إلى السجن إلى أشغال شاقة مؤقتة ومؤبدة، فلو لم يوضع حد أعلى لمدة العقوبة فى حالة التعدد لاستحالت العقوبات المؤقتة عند التعدد إلى عقوبات مؤبدة وانتهى عمر المحكوم عليه قبل أن تنتهى العقوبة. أما فى الشريعة الإسلامية فالعقوبات الأساسية هى القطع والجلد، وهى عقوبات مؤقتة بطبيعتها ومهما تعددت فلن تستحيل إلى عقوبات أبدية، ومن ثم لم يكن هناك ما يدعو لوضع حد أعلى للعقوبات عند التعدد.

وإذا كانت الشريعة قد قررت عقوبة الحبس المؤقت فى بعض الجرائم بصفتها عقوبة تعزيرية، فإنها مع هذا لم تكن فى حاجة لوضع حد أقصى لعقوبة الحبس بعد أن قررت نظرية التداخل، إذ المجرم يتخصص عادة فى ارتكاب جرائمه فلا يرتكب إلا جريمة واحدة أو جرائم متماثلة. فإذا ارتكب جريمة واحدة عدة مرات فهو لا يعاقب عنها إلا

﴿عوده﴾ عقوبة واحدة طبقا لنظرية التداخل، وإذا ارتكب جرائم متماثلة فلا يمكن أن تزيد هذه الجرائم عن ثلاث أو أربع، فإذا عوقب عن كل واحدة منها بعقوبة خاصة فإن هذه العقوبات لا يشترط أن تكون جميعا الحبس، وإذا فرض أنه حكم فيها بالحبس فإن مجموع العقوبات لن يصل إلى حد غير معقول خصوصا إذا راعينا أن بعض الفقهاء يرون ألاّ يصل الحد الأعلى لعقوبة الحبس إلى سنة كاملة أو أن أولى الأمر يجعلون الحد الأعلى لعقوبة الحبس ثلاث سنوات غالبا. وفضلا عن هذا، فإن القاعدة الثانية من نظرية التداخل تعمل غالبا فى هذه الحالة فتنزل بالعقوبة؛ لأن الجرائم المتماثلة توضع عقوباتها غالبا لحماية هدف واحد، وإذا كانت العقوبات موضوعة لغرض واحد تداخلت عقوبات الجرائم المتعددة.

وإذا كانت الشريعة تتفق مع القانون فى تقرير نظرية الجب، فإنهما يختلفان فى مدى تطبيقها . ففى الشريعة لا تطبق نظرية الجب إلا إذا اجتمعت عقوبة القتل مع عقوبات أخرى على التفصيل الذى سبق ذكره، أما فى القانون فتطبق نظرية الجب فى هذه الحالة وفى حالة اجتماع عقوبة الأشغال الشاقة مع عقوبة أخرى مقيدة للحرية، حيث تجب عقوبة الأشغال الشاقة بمقدار مدتها كل عقوبة أخرى مقيدة للحرية. ولم تكن الشريعة فى حاجة إلى تقرير هذه الحالة الأخيرة؛ لأن عقوبة الحبس كما قلنا ليست عقوبة أساسية فى الشريعة من ناحية، ولأن مدتها قصيرة من ناحية أخرى، ولأنه لا يمكن من وجه ثالث أن تستحيل إلى عقوبة مؤبدة للأسباب التى بسطناها سابقا، ولأن الشريعة فضلا عن ذلك كله لم تنوع الحبس أنواعا متعددة مختلفة، فالحبس فيها كله من نوع واحد ودرجة واحدة مادام محدد المدة.

وإذا كانت الشريعة قد قررت نظرية الحبس غير المحدد المدة فإنها قد أخذت بها على إطلاقها، وعلقت إخلاء سبيل المحكوم عليه على انصلاح حاله وتوبته توبة نصوحا، فلم يكن هناك داع لتحديد مدة قصوى للحبس؛ لأن الإفراج يتم بالتوبة وصلاح حال المحكوم عليه لا بمضى مدة معينة عليه فى المحبس، ويستوى بعد ذلك أن يتوب فيخلى سبيله أو يظل فى محبسه حتى يموت؛ لأن الغرض من حبسه هو كف شره عن الجماعة فإذا انكف شره بالتوبة أخلى سبيله، وإذا لم يتب فالمحبس يكف شره حتى يأتيه الموت .

511 - قيود التداخل فى الشريعة :

تمتاز الشريعة بأنها تقيد مبدأ التداخل فلا تقره إلا بشرط أن تكون الجرائم لغرض واحد أو من نوع واحد، وفيما عدا ذلك يطبق مبدأ التعدد وتنفذ جميع العقوبات، بخلاف القانون الوضعى فى مصر الذى يقرر مبدأ التداخل مهما يكن نوع الجرائم أو غرضها لكن بشرط أن يكون بين الجرائم المتعددة قدر من الارتباط يبرر الحكم فيها جميعا بعقوبة واحدة .

والفرق بين التداخل والجب أن الأول يكون قبل الحكم أو بالأدق فى الحكم نفسه فلا يحكم إلا بعقوبة واحدة فى الجرائم المتعددة التى لم يصدر حكم بشأنها، أما الجب فيفترض صدور أحكام متعددة بعقوبات متعددة ومختلفة وهنا تنفذ فقط العقوبة الأشد دون غيرها لأن العقوبة الأشد تجب غيرها أى تجعلها لا فائدة منها، وخاصة إذا كانت العقوبة الأشد هى الإعدام ..

والارتباط بين الجرائم المتعددة الذى يشترطه القانون الوضعى (المصرى) لتطبيق مبدإ التداخل هو الذى لا يقبل التجزئة لأن الجانى قصد غاية واحدة من ارتكابه للجرائم المتعددة، فهنا يؤخذ بغرض الجانى .

أما الشريعة فهى تهتم بالغاية التشريعية من العقاب، فإذا كانت الجرائم من نوع واحد أو قررت فيها العقوبات لحماية حق واحد، فإن ذلك يستوجب التداخل بين العقوبات والاكتفاء بعقوبة واحدة. ويرى فقيهنا أن ذلك أقرب لمصلحة الجماعة، فى حين أن الوجهة الأخرى التى يعتمدها التشريع الوضعى يعطى أهمية أكبر لقصد الجانى وغايته .

ونلاحظ أن القانون المصرى هو النموذج الذى يعتمد عليه فى المقارنة بالشريعة ، وأنه فيما يتعلق بالشريعة لا يشير إلى المذهب الذى يعتمده فى المقارنة مع اعترافه بوجود آراء مختلفة ومذاهب متعددة.

وقد وضع القانون المصرى حدا للتعدد بتقرير حد أعلى لا يجوز تجاوزه فى حالة جمع العقوبات المتعددة المقيدة للحرية ولم يقع جب فيما بينها، ولا يتكلم فقهاؤنا عن ذلك لأن العقوبة الأساسية هى الجلد لا الحبس.

وهناك فارق آخر هو أن الفقه يعترف بالجب فى حالة عقوبة الإعدام فقط، أما القانون المصرى فيقرر الجب فى حالة الحكم بعقوبة الأشغال الشاقة لأنها تجب ما عداها بمقدار مدتها.

وقد سبق أن لاحظنا أنه يَعُدُّ الحبس غير محدد المدة من مزايا الشريعة التى سبقت إليها غيرها من القوانين، لكنه هنا يؤكد أن الأصل هو أن المسجون يفرج عنه متى صلح حاله، ولا يبقى إلا طالما بقى خطره على المجتمع .. ومع ذلك نقترح أن يتضمن التقنين حدا أقصى لمدة هذه العقوبة.

الباب الرابع
استيفاء العقوبات

(عوده) ٥١٢- *من له حق الاستيفاء* : الأصل فى الشريعة أن الجرائم تنقسم من حيث استيفاء عقوباتها إلى ثلاثة أقسام : جرائم الحدود، وجرائم القصاص والدية، وجرائم التعازير، وأن من نسب إليه أى جريمة من هذه الأنواع حوكم عليها، فإن ثبت عليه أنه أتاها حكم عليه بالعقوبة المقررة لها، وإن لم يثبت عليه إتيانها حكم ببراءته مما نسب إليه. فإذا حكم عليه بالعقوبة استوفاها ولى الأمر إن كانت الجريمة من جرائم الحدود أو التعازير، أما إن كانت من جرائم القصاص فيجوز للمجنى عليه أو وليه استيفاء عقوبة القصاص إذا توافرت شروط معينة. وفيما يلى تفصيل ذلك كله:

٥١٣- *الاستيفاء فى جرائم الحدود* : من المتفق عليه بين الفقهاء أنه لا يجوز أن يقيم الحد: أى العقوبات المقررة لجرائم الحدود إلا الإمام أو نائبه؛ لأن الحد حق الله تعالى ومشروع لصالح الجماعة، فوجب تفويضه إلى نائب الجماعة وهو الإمام، ولأن الحد يفتقر إلى الاجتهاد ولا يؤمن فى استيفائه من الحيف والزيادة على الواجب، فوجب تركه لولى الأمر يقيمه إن شاء بنفسه أو بواسطة نائبه.

وحضور الإمام ليس شرطا فى إقامة الحد؛ لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم ير حضوره لازما فقال: "اغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها". وأمر عليه السلام برجم ماعز ولم يحضر الرجم، وأتى بسارق فقال : "اذهبوا به فاقطعوه"(١).

ولكن إذن الإمام بإقامة الحد واجب، فما أقيم حد فى عهد رسول الله إلا بإذنه، وما أقيم حد فى عهد الخلفاء إلا بإذنهم. ومما يروى عن رسول الله فى هذا قوله: "أربع إلى الولاة : الحدود، والصدقات، والجمعات، والفىء"(٢) .

وإذا كانت القاعدة العامة أن إقامة الحد للإمام أو نائبه إلا أنه لو أقامه غيره من الأفراد فإن مقيمه لا يسأل عن إقامته إذا كان الحد متلفا للنفس أو للطرف(٣)، أى:

---

(١) الشرح الكبير ج١٠ ص ١٢١ .

(٢) المهذب ج٢ ص ٢٨٧ – شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٠.

(٣) الإقناع ج٤ ص ٢٤٥ .

<عوده> إذا كان الحد قتلا أو قطعا، وإنما يسأل بحسبانه مفتاتا على السلطات العامة. أما إذا كان الحد غير متلف كالجلد فى الزنا والقذف فإن مقيمه يسأل عن إقامته، أى: أنه يسأل عن الضرب والجرح وما يتخلف عنهما. والفرق بين هاتين الحالتين أن الحد المتلف للنفس أو الطرف يزيل عصمة النفس وعصمة الطرف، وزوال العصمة عن النفس يبيح القتل، وزوال العصمة عن الطرف يبيح القطع، فيصير قتل النفس أو قتل العضو مباحا، ولا جريمة فيما هو مباح . أما الحد غير المتلف فلا يزيل عصمة النفس ولا عصمة الطرف فيبقى معصوما من يرتكب جريمة عقوبتها حد غير متلف وتُعَدُّ إقامة الحد عليه جريمة ما لم تكن الإقامة ممن يملك تنفيذ العقوبة.

❁ 512، 513 – مبادئ عامة – ورأينا فى ضرورة التمييز بين الحق فى طلب التنفيذ ومباشرة التنفيذ :

الذى يهمنى هو أن أوضح أصول الأحكام فى هذا الباب، أى المبادئ الأساسية مكتفيا بما أورده من تفصيلات وأحكام فرعية مما عرضه فقهاؤنا من آراء ومذاهب مختلفة وفاها حقها.

المقصود بالاستيفاء هو تنفيذ العقوبة الجنائية بعد صدور الحكم القضائى على المتهم .

أى أن موضوع هذا الباب كله يكون بعد صدور الحكم القضائى واجب النفاذ .

* * *

الأصل الأول عندنا أننا نرى أنه يجب التمييز بين من له طلب التنفيذ، ومن له الحق فى مباشرة التنفيذ .

يلى ذلك أصل ثان هو أن العقوبة إجراء استثنائى فرضته الضرورة فقط، لذلك يجب ألا يتجاوز تنفيذه ما تقتضيه الضرورة. وهذا المبدأ يطبق فيما يتعلق بشروط التنفيذ، وسرعة التنفيذ وعدم زيادة الألم والتعذيب، وأداة التنفيذ التى تتوفر فيها هذه الشروط، ووقت التنفيذ ووجوب التأجيل بالنسبة للمريض والضعيف والسكران والحامل .

* * *

فيما يتعلق بالأصل الأول، نخشى أن يفهم القارئ هنا أن فقيهنا يجمع بين "طلب التنفيذ" وبين "حق إجراء التنفيذ". ونحن نرى ضرورة التفرقة بين هذين الأمرين، وإن كانت أقوال بعض الفقهاء توهم بالجمع بينهما، وقد تابعهم فقيهنا فى هذا إلى حد كبير، لذلك رأينا من الضرورى أن نبدى رأينا فى ضرورة التفرقة بينهما .

فهو يقرر أن استيفاء عقوبات "الحدود" و "التعازير" هو لولى الأمر، أما فى القصاص فهو "جائز" للمجنى عليه أو ولى الدم (فى حالة القتل). ونحن ننبه القارئ إلى أن المقصود هنا بالاستيفاء فى نظرنا هو فقط المطالبة بتنفيذ القصاص، فإنه يكون للمجنى عليه (أو ولى الدم) وحده حق المطالبة بتنفيذه ليسد عليه باب الالتجاء إلى الثأر ولتفتح له باب العفو عن القصاص وتشجعه عليه .

۞ تنفيذ العقوبات جميعها حق للقضاء والسلطات التى تأتمر بأمره وليس للأفراد، وفى رأينا لا فرق فى ذلك بين عقوبات القصاص وغيرها :

وإذا كان هو قد عبر عن ذلك بأنه "يجوز للمجنى عليه استيفاء عقوبة القصاص" فنحن لا نوافق على ذلك، بل نود أن نؤكد أنه لا يجوز مطلقا تنفيذ القصاص إلا إذا طلب ذلك المجنى عليه (أو ولى الدم فى القتل) فليس الأمر جوازيا، إنما هو شرط حتمى لا يمكن تجاوزه أو وصفه بأنه "جوازى" .

* * *

أهمية هذا الرأى هو أنه يتفق مع ما قدمناه عند دراسة "الإهدار"، لأننا نرى أن الإهدار إنما يبيح للقضاء وحده الحكم بالعقوبة وتنفيذها، لا للمجنى عليه ولا ولى دمه كما يقول فقيهنا مستندا إلى أقوال فقهاء كثيرين .

ولهذا فإن ما استطرد إليه من التفرقة بين المحكوم عليه بحد متلف كالقتل أو القطع (ويرى أنه مهدر، بالمعنى الذى لا نوافق عليه)، والمحكوم عليه بحد غير متلف (ويرى أنه يبقى معصوما وغير مهدر !!) .

ونحن نرى أن جميع البشر معصومون إلى أن يصدر حكم قضائى صحيح بالعقوبة. ويسرنى أنه يؤيد هذا الرأى فيما يلى (البند 519) .

* * *

فى الحدود يوجد مبدأ مؤكد ومجمع عليه، وهو أن استيفاء الحدود (طلبا وتنفيذا) هو لمن يمثل الجماعة كلها، لأنها كما قال "حق للجماعة"، فلا يطالب به ولا ينفذه إلا من ينوب عنها وهو يصفه بأنه الإمام. ونحن نضيف أن المقصود هو "الإمام الشرعى أى الذى تولى السلطة بطريق شرعى، ذلك أن الطريق الشرعى الوحيد لولاية الأمر هو الاختيار بالشورى الحرة إذا أعطته البيعة هذا الحق، وإلا فإنه يبقى لأهل الاجتهاد والقضاء .

ونوافقه على القول بأن الإمام الشرعى له أن يفوض ذلك لمن يختاره من "الخبراء" على حد قوله. لأنه ليس حقا شخصيا له بل هو مفوض فيه من الجماعة أو من يمثلونها من أهل الحل والعقد أو القضاء .

۞ لا محل فى نظرنا للكلام علي الافتيات علي السلطات العامة ما دام الفعل جريمة تستحق التعزير:

وما يسميه "الافتيات على السلطات العامة" سبق أن قلنا إنا لا نعترف بجريمة بهذا الاسم، وإننا نرى أن من يعتدى على المحكوم عليه بأى اعتداء يُعَدُّ فعله جريمة عادية من جرائم الاعتداء على الأشخاص أو يطبق عليه التشريع الجنائى ويستحق عقوبتها، كل ما هنالك أننا نجيز للقضاء أو أهل الاجتهاد أن يَعُدُّوه معذورا لأنه أخطأ فى الاعتقاد بأن له الحق فى تنفيذ الحد، وأن ذلك يكون شبهة تجيز إسقاط الحد أو القصاص ويكتفى بالتعزير على هذا الاعتداء رغم أنه فى الأصل يستحق القصاص الذى يستبعد لوجود شبهة .

صحيح أن وصف الفعل بأنه "افتيات على السلطة" يؤدى إلى نفس النتيجة وهى تعزير الجانى، لكنا نفضل الالتزام بالمبادئ العامة؛ ولا داعى للتحايل للوصول إلى نفس النتيجة بابتكار جريمة تمنح السلطات العامة حقوقا دون توضيح أن المقصود هو أن السلطة القضائية هى وحدها صاحبة ولاية تنفيذ القصاص كغيره من العقوبات. وهذا هو المبدأ الذى نحرص على تأكيده .

<عوده> ٥١٤ ـ *الاستيفاء فى جرائم التعازير*: واستيفاء العقوبات المحكوم بها فى جرائم التعازير من حق ولى الأمر أو نائبه أيضا؛ لأن العقوبة شرعت لحماية الجماعة فهى من حقها، فيترك استيفاؤها لنائب الجماعة، ولأن التعزير كالحد يفتقر إلى الاجتهاد ولا يؤمن فيه الحيف.

وليس لأحد غير الإمام أو نائبه إقامة عقوبة التعزير ولو كانت متلفة للنفس، فإن قتل أحد الأفراد شخصا محكوما عليه بالقتل تعزيرا، فهو قاتل له ولو أن عقوبة القتل متلفة للنفس. والفرق بين عقوبة الحد المتلفة للنفس وعقوبة التعزير المتلفة للنفس أن عقوبة الحد لا يجوز العفو عنها ولا إسقاطها ولا تأخير تنفيذها فهى عقوبة محتمة لا بد منها، أما عقوبة التعزير المتلفة فلولى الأمر العفو عنها ولهذا فهى عقوبة غير لازمة لا تهدر عصمة المحكوم عليه، إذ من الجائز أن يصدر عنها عفو فى اللحظة الأخيرة .

٥١٥ ـ *الاستيفاء فى جرائم القصاص* : والأصل أن عقوبات جرائم القصاص كغيرها من العقوبات متروك إقامتها لأولى الأمر، لكن أجيز استثناء أن يستوفى القصاص بمعرفة ولى الدم أو المجنى عليه، والأصل فى ذلك قوله تعالى : ﴿وَمَنْ قُتِلَ مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف فى القتل﴾ [الإسراء: ٣٣] .

ومن المتفق عليه أن لولى المجنى عليه حق استيفاء القصاص فى القتل بشرط أن يكون الاستيفاء تحت إشراف السلطان؛ لأنه أمر يفتقر إلى الاجتهاد ويحرم فيه الحيف، ولأنه لايؤمن الحيف من المقتص مع قصد التشفي، لكن إذا استوفاه فى غير حضور السلطان وقع الموقع، أى: وقع الفعل قصاصا، وعزر المستوفى لافتياته على السلطان وفعله ما منع من فعله.

وينظر السلطان فى الولى فإن كان يحسن الاستيفاء ويقدر عليه بالقوة والمعرفة اللازمة مكنه منه، وإن كان لا يحسن الاستيفاء أمره أن يوكل غيره؛ لأنه عاجز عن استيفاء حقه.

وليس ثمة ما يمنع أن يُعيَّن خبير لاستيفاء الحدود والقصاص يأخذ أجره من بيت المال؛ لأن هذا العمل من المصالح العامة فإذا كان الولى لايحسن القصاص وكَّلَ هذا الخبير.

<عوده> فإذا كان القصاص فيما دون النفس، أى فيما ليس قتلا، فيرى أبو حنيفة أن للمجنى عليه الحق فى استيفاء العقوبة بنفسه إن كان خبيرا يحسن الاستيفاء، فإن لم يكن يحسنه، وكل عنه من يحسنه وما يراه أبو حنيفة هو وجه فى مذهب أحمد[١].

ويرى مالك والشافعى – ورأيهما وجه فى مذهب أحمد – أن المجنى عليه ليس له أن يستوفى عقوبة القصاص فيما دون النفس بأى حال سواء كان يحسن القصاص أو لا يحسنه؛ لأنه لا يؤمن مع قصد التشفى أن يحيف على المجنى عليه أو يجنى عليه بما لا يمكن تلافيه، وإنما يتولى القصاص فيما دون النفس من يحسنه من الخبراء، وعلى هذا يصح أن يكون المستوفى موظفا مخصصا لهذا الغرض[٢].

---

(١) بدائع الصنائع ج٧ ص٢٤٦– الشرح الكبير ج٩ ص٣٩٨، ٣٩٩ .

(٢) مواهب الجليل ج٦ ص٢٥٤،٢٥٣– المهذب ج٢ ص١٩٧– الشرح الكبير ج ص٣٩٩ .

❁ 514، 515 – استيفاء "التعازير" والقصاص من حق القضاء وحده فى نظرنا :

نتفق معه فى أن استيفاء "التعازير" (طلبا أو تنفيذا) هو دائما من حق ممثل الجماعة فى جميع الأحوال، ولا يجوز لأحد سوى من فوضته الأمة (أو من يمثلوها) أن يعتدى على من حكم عليه بالتعزير أيا كان الجزاء التعزيرى المحكوم به .

وبهذا يكون رأينا فى التعازير هو ما قدمناه بالنسبة للحدود دون تفرقة أو تمييز .

* * *

إننا نختلف مع رأيه فى القصاص، فهو يقرر المبدأ الأساسى (الذى نتمسك به ولا نحيد عنه) وعبر عنه بقوله: "الأصل أن عقوبات القصاص كغيرها من العقوبات متروك إقامتها (أى تنفيذها والأمر بتنفيذها) لأولى الأمر (وقد أشرنا من قبل إلى المقصود من أولى الأمر أنهم القضاة وأهل الاجتهاد)" .

لكنه أضاف قوله: "إنه أجيز استثناء أن يستوفى القصاص بمعرفة ولى الدم (فى حالة القتل) أو المجنى عليه (فيما دون ذلك)" ، ثم قرر أنه لا بد أن يكون الاستيفاء (أى التنفيذ) تحت إشراف السلطان .

نعيد هنا رأينا فى أن تنفيذ العقوبات الجنائية من حق القضاء وحده وتحت إشرافه ومسئوليته إذا فوض فيه غيره، ولا نوافق على استثناء القصاص من ذلك .

وقد سبق أن بينا أن من يعتدى على المحكوم عليه بالقصاص يجب أن يعاقب على اعتدائه، ولكن يمكن الاكتفاء بعقوبة تعزيرية لوجود شبهة .

صحيح أنه يجوز للقاضى المختص أن يختار خبيرا ليقوم بالتنفيذ، وإذا كانوا يجيزون له تفويض المجنى عليه فى ذلك إن كان خبيرا، فالتفويض هنا يكون له بصفته خبيرا أولا، وبصفته مجنيا عليه أو ولى الدم ثانيا .

ونحن لا نوافق على أى رأى آخر ... واختلافات الفقهاء التى أوردها معناها أن الموضوع اجتهادى، وعلينا مراعاة ظروف مجتمعنا وزماننا التى تقتضى اختصاص القضاء بتنفيذ جميع العقوبات.....

<عوده> ٥١٦ ـ *كيفية استيفاء القصاص في النفس*: لا يستوفى القصاص فى النفس إلا بالسيف عند أبى حنيفة ورواية عن أحمد، سواء كان الجانى قتل بسيف أم بغير سيف، وسواء كان القتل نتيجة لحز الرقبة أم لسراية جرح أو نتيجة الخنق أو التغريق أو التحريق أو غير ذلك. وحجة القائلين بهذا أن رسول الله ﷺ قال: "لا قود إلا بالسيف" والقود هو القصاص فمعنى الحديث منع استيفاء القصاص بغير السيف.

وإذا كان الموت نتيجة قطع اتصلت به السراية فالقود بالسيف؛ لأنه تبين أن فعل الجانى وقع قتلا من وقت وجوده فلا يقتص منه إلا بالقتل، لأنه لو قطع عضوا من الجانى ليحقق التماثل ثم عاد فحز الرقبة إذا لم يمت من القطع كان ذلك جمعا بين القطع والحز، ولم يكن مجازاة بالمثل. ولا يُعَدُّ حز الرقبة متمما للقطع؛ لأن المتمم للشيء يكون من توابعه والحز قتل وهو أقوى من القطع فليس من توابعه، كذلك فإن القصاص فى النفس مقصود منه إتلاف النفس، فإذا أمكن هذا بضرب العنق فلا يجوز إتلاف أطرافه؛ لأن إتلافها يُعَدُّ تعذيبا وليس استيفاء.

وإذا أراد الولى أن يقطع بغير السيف لا يمكَّن من ذلك، وإذا فعله عزر لافتياته، إلا أنه يُعَدُّ مستوفيا لحقه فى القصاص بأى طريق قتله سواء قتله بالعصا أو الحجر أو ألقاه من سطح أو أرداه فى بئر ونحو ذلك؛ لأن القتل حقه، فإذا قتله فقد استوفى حقه إلا أنه يفتات إذا استوفاه بغير السيف؛ لأنه يستوفيه بطريق غير مشروع فيعزر على هذا الافتيات[1]. وعند مالك والشافعى وهو رواية عن أحمد[2] أن القاتل أهل لأن يفعل به كما فعل، فإذا قتل بالسيف لم يقتص منه إلا بالسيف لقوله تعالى:﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ [البقرة: ١٩٤].

فإن حرقه أو أغرقه أو رماه بحجر أو رماه من شاهق أو ضربه بخشبة أو حبس عنه الطعام أو الشراب فمات فللولى أن يقتص منه بمثل ذلك لقوله تعالى: ﴿وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به﴾ [النحل:١٢٦]؛ ولأن القصاص قائم على المماثلة، والمماثلة ممكنة، فجاز أن يستوفى بها القصاص.

وللولى أن يقتص بالسيف فى هذه الأحوال؛ لأنه قد وجب له القتل والتعذيب، فإذا عدل للسيف فقد ترك بعض حقه وهو جائز له.

---

(١) بدائع الصنائع جـ٧ ص٢٤٦- الشرح الكبير جـ٩ ص٤٠٠ وما بعدها.

(٢) مواهب الجليل جـ٦ ص٢٥٦- المهذب جـ٢ ص١٩٩ الشرح الكبير جـ٩ ص٤٠٠ .

 وإن كان القتل بما هو محرم لنفسه كاللواط وسقى الخمر، فالرأى الراجح أن يكون القصاص بالسيف.

٥١٧ ـ *ما يشترط فى آلة القصاص*: وإذا أراد الولى أن يستوفى بنفسه، فلا يكفى أن يكون خبيرا بالقصاص، بل يجب أن يستعمل فيه أداة صالحة له؛ لا كالّة مثلا ولا مسممة لئلا يعذب المقتص منه، فإن فعل ذلك وجب عليه التعزير؛ لأن من شروط القصاص ألاّ يعذب الجانى وأن تزهق روحه بأيسر ما يمكن(١) . تحقيقا لقول الرسول ﷺ : "إن الله كتب الإحسان على كل شىء، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة، وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته".

٥١٨ـ *هل يجوز الاستيفاء بما هو أسرع من السيف ؟*: والأصل فى اختيار السيف أداة للقصاص أنه أسرع فى القتل، وأنه يزهق روح الجانى بأيسر ما يمكن من الألم والعذاب، فإذا وجدت أداة أخرى أسرع من السيف وأقل إيلاما فلا مانع شرعا من استعمالها: "فلا مانع شرعا من استيفاء القصاص بالمقصلة والكرسى الكهربائى وغيرهما مما يفضى إلى الموت بسهولة وإسراع ولا يتخلف الموت عنه عادة ولا يترتب عليه تمثيل بالقاتل ولا مضاعفة تعذيبه، أما المقصلة فلأنها من قبيل السلاح المحدد وأما الكرسى الكهربائى؛ فلأنه لا يتخلف الموت عنه عادة مع زيادة السرعة وعدم التمثيل بالقاتل دون أن يترتب عليه مضاعفة التعذيب"(٢) .

---

(١) المهذب ج٢ ص١٩٨– الشرح الكبير ج٩ ص٣٩٧ .

(٢) من فتوى لجنة الفتوى بالأزهر. راجع القصاص ص٢٠٨ .

۞ 516 – 518 – اختيار أداة التنفيذ فى القتل (الإعدام)

يخضع لمبدإ عدم تجاوز الألم حدود الضرورة :

يكفينا فى هذا الصدد المبادئ الأساسية التى قررها السنة المطهرة، وهى :

لا يجوز التعذيب. وهو يؤكد ذلك بقوله : "من شروط القصاص ألا يعذب الجانى (المحكوم عليه) وأن تزهق روحه بأيسر ما يمكن (بند 157 ص 759) .

الجدل حول أداة التنفيذ يخضع لهذا المبدإ، وإذا كان السلف قد فضلوا استعمال السيف، فقد علل هو ذلك بقوله : "الأصل فى اختيار السيف أنه أسرع فى القتل وأنه يزهق روح المحكوم عليه بأيسر (أقل) ما يمكن من الألم والعذاب" . واستطرد فقال صراحة : "إذا وجدت أداة أخرى أسرع من السيف وأقل إيلاما فلا مانع (عنده ولا عندنا) من استعمالها" .

وقد أيد ذلك بفتوى صادرة من "لجنة الفتوى بالأزهر الشريف" ورد فيها ما يلى:

"لا مانع شرعا من استيفاء القصاص (تنفيذ الحكم بالإعدام) بالمقصلة أو الكرسى الكهربائى أو غيرهما مما يفضى إلى الموت بسهولة وإسراع ولا يتخلف الموت عنه عادة ولا يترتب عليه تمثيل بالمحكوم عليه ولا مضاعفة تعذيبه" .

وأضافت الفتوى ما يلى :

"أما المقصلة فلأنها من قبيل السلاح المحدد وأما الكرسى الكهربائى فلأنه لا يتخلف عنه الموت عادة مع زيادة السرعة وعدم التمثيل بالمحكوم عليه، دون أن يترتب عليه مضاعفة التعذيب" .

* * *

تأكيدا لذلك قال : إن من شروط القصاص – يقصد هنا تنفيذ عقوبة الإعدام – ألا يعذب المحكوم عليه وأن تزهق روحه بأيسر ما يمكن (فى حالة الإعدام). وهذا هو ما يجب مراعاته فى اختيار آلة التنفيذ . ويكفى سندا لذلك حديث الرسول ﷺ المشار له آنفا .

* * *

❁ لا مانع من تنوع وسائل تنفيذ العقوبة :

يلاحظ أن هناك من يدَّعون أن تنفيذ الإعدام لا بد أن يكون بالسيف، لأن العمل جرى على ذلك فى عهد الرسول وما بعده، لكنه يرى الالتزام بالمبدإ المقرر فى البند السابق، وقال صراحة: "إذا وجدت أداة أخرى أسرع من السيف وأقل إيلاما منه فلا مانع شرعا من استخدامها" .

وأضاف مثالا لذلك المقصلة أو الكرسى الكهربائى، أو غيره "مما يفضى للموت بسهولة وإسراع، ولا يترتب عليه تمثيل بالمحكوم عليه، ولا مضاعفة آلامه وتعذيبه" .

<عوده> ٥١٩- *هل يجوز للسلطان أن يستأثر اليوم باستيفاء القصاص*: الرأى الراجح عند الفقهاء هو ألا يترك للمجنى عليه أو وليه أن يستوفى حق القصاص فيما دون النفس؛ لأن هذا النوع من القصاص يقتضى خبرة ودقة فى المقتص وليؤمن فيه الحيف والتعذيب لو ترك للمجنى عليه أو وليه(١). أما القصاص فى النفس فقد ترك للولى استيفاؤه بشرط أن يحسنه وأن يستوفيه بآلة صالحة، فإذا لم يكن يحسنه وكل فى الاستيفاء من يحسنه، فحق الولى فى الاستيفاء مقيد بإحسان الاستيفاء وباستعمال الآلة الصالحة.

ولقد كان الناس قديما يحملون السلاح ويحسنون استعماله غالبا، أما اليوم فقل فيهم من يحسن استعمال السيف بصفة خاصة وقل من يوجد لديه سيف صالح للاستعمال.

وإذا أضيف إلى هذا أن وسيلة الشنق والمقصلة والكرسى الكهربائى أسرع بالموت من السيف كما هو ثابت من التجربة، وأن المشنقة والمقصلة وما أشبه لا يمكن أن يحصل عليها الأفراد ولا يصلحون لاستعمالها وأنها فى حيازة الدولة، إذا روعى هذا جميعه أمكن القول إن الضرورات اليوم تقضى بمنع ولى المجنى عليه من استيفاء حقه على الطريقة القديمة، وبترك الاستيفاء لمن تخصصهم الدولة لهذا الغرض من الخبراء، وللأولياء أن يأذنوا لهم بالتنفيذ إذا شاءوا القصاص وألا يأذنوا إذا رأوا العفو .

٥٢٠ ـ *استيفاء العقوبات عند التعدد* : تخالف الشريعة القوانين الوضعية فى طريقة استيفاء العقوبات عند التعدد، ويرجع هذا الاختلاف قبل كل شىء إلى طبيعة العقوبات فى كل .

وإذا أخذنا القانون المصرى مثلا على القوانين الوضعية الحديثة، فإنه يقضى بأن تنفذ العقوبات عند التعدد على حسب درجة جسامتها، فتنفذ الأشغال الشاقة أولا، ثم ينفذ السجن ثانيا ثم الحبس مع الشغل، ثم الحبس البسيط (م ٣٤ عقوبات) .

ولا يراعى فى التنفيذ ترتيب صدور العقوبات . فإذا حكم على الإنسان بالأشغال الشاقة فى أثناء تنفيذ عقوبة السجن أو الحبس عليه أوقف تنفيذ عقوبة السجن أو الحبس وبدئ فى تنفيذ عقوبة الأشغال الشاقة .

---

(١) المغنى ج٩ ص٤١٢ - المهذب ج٢ ص١٩٧ - مواهب الجليل ج٦ ص٢٥٣ .

〈عوده〉 وتنفيذ العقوبات فى القانون المصرى على التوالى، فإذا انتهت إحداها نفذت الأخرى، ولا يوقف تنفيذها أو يعطله أى اعتبار متعلق بالمحكوم عليه، فتنفذ سواء إن كان المحكوم عليه مريضا أو صحيحا أو سقيما أو قويا .

وقد أوحت طبيعة العقوبات القانونية بهذا النظام، فهي عقوبات يستغرق تنفيذها زمنا طويلا فكان لا بد من ترتيب تنفيذها على هذا الوجه ما دامت عقوبة الأشغال الشاقة تجب بمقدار مدتها كل عقوبة أخرى مقيدة للحرية محكوم بها عن جريمة وقعت قبل الحكم بالأشغال الشاقة، وما دام من المحتمل أن يصدر على المحكوم عليه حكم آخر بالأشغال الشاقة فى أثناء التنفيذ .

أما النظام المتبع فى الشريعة الإسلامية فى حالة تعدد العقوبات فهو مختلف، ولكل مذهب من المذاهب الفقهية رأيه فى هذه المسألة.

فمالك يرى فى حالة تعدد العقوبات أن يبدأ بالتنفيذ بما هو لله أى: بما يمس حقوق الجماعة، ثم يقام بعد ذلك ما هو للناس أى : ما يمس حقوق الأفراد. وحجة مالك فى هذا أن ما لله لا عفو فيه وما للآدميين قد يعفى عنه، فمن مصلحة المحكوم عليه تأخير ما يمس حقوق الأفراد. ويستوى عند مالك بعد ذلك البدء بالعقوبة الخفيفة والبدء بالعقوبة الأشد ويرى أن يترك لولى الأمر البدء بأيهما.

ويرى أبو حنيفة وأحمد تقديم ما يمس حقوق الأفراد على ما يمس حقوق الجماعة، على أن يبدأ فيما يمس حقوق الأفراد بالأخف فالأخف، ثم ينفذ بعد ذلك ما يمس حقوق الجماعة على أن يبدأ فيه ما يجب غيره.

ويرى الشافعى أن تنفذ العقوبات كلها بحسب خفتها، فيقدم الأخف على الخفيف، ويقدم ما يمس حقوق الآدميين على ما يمس حقوق الجماعة، وهكذا حتى تنفذ العقوبات كلها؛ لأنه لا يعترف بالجب.

ورأى فقهاء الشريعة فى تقديم الأخف على الأشد رأى يخالف ما جاء به القانون المصرى، ولكن يتفق مع طبيعة العقوبات الشرعية. فالعقوبات الأساسية فى الشريعة هى القطع والجلد والقصاص، وهى عقوبات بدنية، فاستيفاؤها يوجب البدء بأخفها حفظا لسلامة المحكوم عليه واستبقاء لقوة احتماله ومقاومته، ولا يقدم الأشد على الأخف، إلا إذا كان الأشد يجب الأخف وفى هذا تتفق الشريعة مع القانون .

بعد أن جارى أقوال الفقهاء الذى قالوا إن المجنى عليه أو ولى الدم يمكن أن يقوم بتنفيذ عقوبة القصاص (بشرط أن يكون تحت إشراف القاضى أو ولى الأمر وبأمره) يعود الآن ليعلن موافقته لرأينا فى عدم جواز ذلك فى زماننا .

وهذا هو نص قوله :

"يمكن القول إن الضرورات اليوم تقضى بمنع ولى الدم (أو المجنى عليه) من استيفاء حقه (فى القصاص) على الطريقة القديمة، وأن يترك الاستيفاء (أى تنفيذ العقوبة فعلا) لمن تخصصهم الدولة لهذا الغرض من الخبراء ، وللأولياء (فقط) أن يأذنوا لهم بالتنفيذ إذا شاءوا تنفيذ القصاص، ولهم ألا يأذنوا إذا رأوا العفو، (وحينذاك لا يمكن تنفيذ العقوبة مطلقا ، وهذا امتياز كبير أعطته الشريعة للمجنى عليه أو ولى الدم ، وهذا كاف ولا يجوز أن يضاف إليه القول بأن يقوم هو بالتنفيذ ...)" .

وأضاف (أن رأيهم بإعطاء أولى الدم حق تنفيذ العقوبة يكون فقط فيما يتعلق بالقتل...) ولا يطبقونه فيما هو دون النفس من عقوبات (قطع الأطراف مثلا) .

* * *

يشير إلى خلافات عديدة بين الأئمة والمذاهب فى ترتيب تنفيذ العقوبات فى حالة تعددها، ومعنى ذلك أن هذه المسألة اجتهادية فى الماضى، وهى كذلك فى الحاضر والمستقبل .

لذلك لا مانع لدينا من إقرار ما يشير له حاليا القانون الوضعى فى مصر فى هذا الصدد – على التفصيل الذى عرضه علينا – طالما أن عقوبات الحبس والسجن والأشغال الشاقة معتمدة، أما إذا غيرنا سياستنا العقابية كما قرر الفقه، ففى هذه الحالة يجب اختيار أحد المذاهب الفقهية فى هذا الموضوع .

<عوده> ٥٢١ـ *التنفيذ على المريض والضعيف والسكران*: وفقهاء الشريعة متفقون على وجوب تأخير تنفيذ عقوبة القصاص وعقوبات الحدود وما يماثلها من عقوبات التعازير إذا كان المحكوم عليه مريضا، أو كان الوقت لا يناسب تنفيذ العقوبة؛ كأن كان بردا شديدا أو حرا شديدا، ولا يستثنون من ذلك إلا عقوبة القتل؛ لأنها عقوبة مهلكة. أى: أن المقصود منها إهلاك المحكوم عليه، أما العقوبات الأخرى التى لايقصد منها إهلاك المحكوم عليه فلا يصح أن تنفذ فى ظروف تؤدى إلى الهلكة .

ويرى بعض الفقهاء أن يؤخر تنفيذ الحد على الضعيف حتى يقوى، ولكن البعض الآخر لا يرى تأخير التنفيذ، ويفضل أن ينفذ الحد بقدر الإمكان بحيث لا يضار المحكوم عليه بضعفه، فإن كانت العقوبة الجلد مثلا جلد مرة أو مرتين بسوط متعدد الفروع أو بعثكال له شماريخ بعدد الأصوات أو نصفها .

ويرى الفقهاء ألا تنفذ العقوبة على السكران حتى يصحو من سكره[1] .

٥٢٢ ـ *التنفيذ على الحامل*: عرفت الشريعة من يوم وجودها مبدأ عدم التنفيذ على الحامل، وحديث الغامدية قاطع فى ذلك. فقد جاءت الرسول تعترف بالزنا وهى حامل قال لها عليه الصلاة والسلام: "اذهبى حتى تضعى حملك". ومثله حديث معاذ: "إن كان لك عليها سبيل، فلا سبيل لك على ما فى بطنها". والتنفيذ الممنوع على الحامل هو الذى يضر بالحمل وهو تنفيذ القود والرجم والجلد .

والفقهاء مجمعون على هذا المبدإ، ولكنهم مختلفون بعض الشىء فى مدى تطبيقه. فيرى الشافعى ألا ينفذ على المرأة إذا ذكرت حملا أو ريبة من حمل حتى تضع حملها أو يتبين أنها غير حامل ثم ينفذ عليها بعد الوضع، وإن لم يكن لولدها مرضع فيفضل الشافعى تركها أياما حتى تجد لولدها مرضعا فى حالة القتل .

ويرى أبو حنيفة فوق ما سبق ألا ينفذ على الحامل حتى تشفى من النفاس ولو كانت العقوبة جلدا.

ويرى مالك ألا ينفذ على الحامل حتى تضع، وعَدَّ النفاس مرضا يوجب تأخير الجلد حتى ينتهى. وإن وجد لطفلها مرضع نفذ عليها القتل، وإن لم يصيبوا لطفلها من يرضعه لم يعجل عليها بالقتل.

---

(١) شرح فتح القدير ج٣ ص١٨٥ .

<عوده> ويرى أحمد أنه إذا وجب القود أو الرجم على حامل أو حملت بعد وجوبه لم تقتل حتى تضع وتسقيه اللِّبَأ، ثم إن وجد له مرضعة راتبة قتلت، ويستحب لولى القتل تأخيره للفطام، وإن لم يكن له من يرضعه تركت حتى ترضعه حولين ثم تفطمه، كما يرى تأخير الجلد حتى تضع الحمل.

٥٢٣ـ *التنفيذ على المجنون*: سبق أن تكلمنا عن هذا الموضوع بمناسبة الكلام على مسئولية المجنون، فليس ما يدعو لإعادة الكلام عن هذا الموضوع، ويكفى فيه مراجعة ما سبق[1] .

٥٢٤ـ *علنية التنفيذ*: الأصل فى الشريعة أن يكون التنفيذ علنيا لقوله تعالى: ﴿وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين﴾[النور:٢] ولأن السنة جرت بهذا، ويستوى فى ذلك القتل وغير القتل، وتتفق الشريعة فى هذا مع كثير من القوانين الوضعية .

ولقد كان القانون المصرى يوجب العلانية فى تنفيذ عقوبة الإعدام أخذا عن القوانين الأوربية، ثم عدل عن اشتراط العلانية، ولكن فرنسا لا تزال متمسكة بالعلانية.

وتنفذ عقوبة القتل فى الشريعة بالرجم إذا كانت عقوبة زان محصن؛ وتنفذ بقطع الرقبة إن لم تكن عقوبة زنا على الرأى الراجح بين الفقهاء .

والفقهاء مجمعون على أن يتم التنفيذ دون تعذيب أو تمثيل، فأداة القتل يجب أن تكون قاطعة، والجلاد يجب أن يكون خبيرا بعمله، والتنفيذ يجب أن يتم بطريقة واحدة لجميع الناس مهما اختلفت مراتبهم وجرائمهم .

ولقد جاءت الشريعة بهذه المبادئ من يوم وجودها، ولكن القوانين الوضعية لم تعرفها إلا أخيرا. فقد كانت عقوبة القتل فى القوانين الوضعية على درجات كعقوبة الحبس، وكان يصحبها أنواع مختلفة من التعذيب تختلف بحسب نوع الجريمة؛ فقاتل والده مثلا كانت تقطع يده قبل القتل. وكان التنفيذ يختلف بحسب درجة الأشخاص؛ فالشريف يعدم بقطع رقبته بالسيف، والعامى يعدم شنقا. ولما جاءت الثورة الفرنسية تغيرت هذه الأوضاع، وصدر قانون فى فرنسا يسوى بين المحكوم

---

(١) راجع الفقرة ٤٢٨.

〈عوده〉 عليهم فى التنفيذ ويجعل عقوبة القتل بإزهاق الروح فقط. وانتشر هذا المبدأ من فرنسا إلى غيرها من البلاد، ثم بدأت الأمم بعد ذلك تبحث عن الطريقة المثلى لإزهاق الروح دون تعذيب. فالمشرع الفرنسى اهتدى إلى طريقة قطع الرأس، والمصرى والإنجليزى إلى طريقة الشنق، وفى إيطاليا يطلق الرصاص على المحكوم عليه بالقتل، وفى بعض الولايات المتحدة الأمريكية يصعق المحكوم عليه بالكهرباء .

وتقضى الشريعة بأن تسلم جثة القتيل لأهله بعد التنفيذ ليدفنوه كما يشاءون لقوله عليه الصلاة والسلام: "افعلوا به كما تفعلون بموتاكم"، فيصح إذن أن يدفن القتيل باحتفال كما يدفن غيره، ولكن لولى الأمر إن شاء أن يمنع الاحتفال إن رأى أنه يؤدى بالمساس بالأمن والنظام .

والقانون المصرى يقضى بتسليم الجثة لورثة القتيل على أن يكون الدفن بغير احتفال (المادة ٢٦٢ من قانون تحقيق الجنايات). كذلك يوجب القانون المصرى إيقاف تنفيذ حكم القتل على الحامل إذا ظهر أنها حبلى ولا ينفذ عليها إلا بعد الوضع (المادة ٢٦٣ من قانون تحقيق الجنايات المصرى) .

من مزايا شريعتنا ما ذكره من اتفاق فقهائنا على وجوب عدم التنفيذ على من عنده عذر يجعل التنفيذ يزيد فى آلامه، ومن هذه الأعذار المرض (أيا كان) والضعف (حدوده ومقياسه مسألة اجتهادية) . بل والسكران كذلك ....

إنهم يرون أن اختيار وقت التنفيذ يجب أن يراعى فيه أن يكون المحكوم عليه فى وضع صحى عادى حتى لا نضاعف آلامه بسبب المرض أو الضعف. أما السكران فهدف التأجيل أن يفيق حتى يعرف معنى العقوبة وتحدث أثرها فى ردعه وردع سواه.

وقد أشار إلى خلافات بين فقهائنا مما يؤكد أن الموضوع محل اجتهاد فى الماضى والحاضر والمستقبل كذلك .

* * *

إن مبدأ شخصية العقوبة من أصول الشريعة، لقوله تعالى : ﴿ولا تزر وازرة وزر أخرى﴾[الأنعام:164، الإسراء:15، فاطر:18، الزمر:7]، والجنين إنسان فى التكوين فى بطن أمه، فتنفيذ العقوبة عليها أيا كانت فيه إضرار به دون أى ذنب ينسب إليه، لذلك، يرى فقهاؤنا وجوب تأجيل تنفيذ حكم القتل على الحامل .

ورسولنا الكريم يؤكد هذا المبدأ مرارا. وإذا كان الفقهاء يختلفون فى الموعد الذى يُعَدُّ فيه أن تنفيذ العقوبة لا يضر الجنين أو الطفل بعد الولادة، فذلك معناه أن تقديره موضوع للاجتهاد فى جميع القرون والأجيال والظروف .

وإذا كان لنا أن نختار، فإننا نفضل رأى الإمام مالك فى أنه يجب تأجيل التنفيذ حتى تضع حملها وتتم الرضاعة له حولين كاملين .

* * *

سبق أن تعرضنا لتأجيل التنفيذ على المجنون وقد أحالنا إلى البند 428 .

* * *

أشرنا إلى المبدإ الأساسى وهو أن الأصل أن يتم التنفيذ دون تعذيب أو تمثيل، واختيار أداة التنفيذ والشخص الذى يقوم بالتنفيذ يراعى فيه تقليل ما يلاقيه المحكوم عليه من ألم بقدر الإمكان، لأن العقوبة الجنائية ضرورة والضرورات تقدر بقدرها .

❁ يتم التنفيذ دون تعذيب أو تمثيل

وهذا يكفى لتأكيد سماحة شريعتنا ومراعاتها لحقوق الإنسان حتى وإن كان مجرما محكوما عليه بعقوبة جنائية، ولو كانت العقوبة القتل (الإعدام) .

أما علانية التنفيذ التى قررها الفقه فإنه يقصد بها ردع الآخرين وتحذيرهم من السير فى طريق الانحراف.

الباب الخامس

العـــود

﴿عوده﴾ ٥٢٥ ـ *ماهية العود* : يطلق العود اليوم فى اصطلاحنا القانونى على حالة الشخص الذى يرتكب جريمة بعد أخرى حكم فيها نهائيا، أى: أن العود ينشأ عن تكرار وقوع الجرائم من شخص واحد بعد الحكم نهائيا عليه فى إحداها أو بعضها.

ويتميز العود عن تعدد الجرائم بأن المجرم فى حالة التعدد يرتكب جريمته الأخيرة قبل أن يصدر عليه حكم فى جريمة سابقة عليها، أما فى العود فيكون المجرم حين ارتكب جريمته الأخيرة قد صدر عليه حكم أو أكثر .

وعود المجرم للإجرام بعد الحكم عليه دليل على أن المجرم يصر على الإجرام، وعلى أن العقوبة الأولى لم تردعه، ومن ثم فقد كان من المعقول أن يتجه التفكير إلى تشديد العقوبة على العائد. ولقد كانت فكرة التشديد تلقى فيما مضى مقاومة من بعض شراح القوانين الوضعية، أما اليوم فليس ثمة من ينازع فى مشروعية (تشديد العقاب على العود.

وشراح القوانين وإن كانوا يسلمون بالعقوبة على العود، إلا أنهم اختلفوا فى تقرير المبادئ التى يقوم عليها العود. فالبعض يرى أن يكون العود خاصا بمعنى ألا يُعَدَّ المجرم عائدا إلا إذا كانت الجريمة الثانية من نوع الجريمة الأولى أو مماثلة لها، فإن لم تكن الجريمة الثانية كذلك فلا يُعَدُّ المجرم عائدا .

ويرى البعض أن يكون العود عاما بحيث يُعَدُّ المجرم عائدا إذا ارتكب جريمتة الثانية سواء كانت من النوع الأول أو من نوع آخر مماثلة لها أو غير مماثلة .

كذلك اختلف الشراح فى مدة العود، فرأى البعض أن يكون العود مؤبدا بحيث يُعَدُّ المجرم عائدا مهما مضى من الزمن على جريمته الأولى، ورأى البعض أن يكون العود مؤقتا بمعنى أنه إذا مضى وقت معين على الجريمة الأولى فلا يُعَدُّ المجرم عائدا إذا ارتكب جريمته الثانية .

وقد أخذ قانون العقوبات المصرى بهذه المبادئ جميعا؛ فأخذ بمبدإ العود العام فى الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٤٩ من قانون العقوبات، وأخذ بمبدإ العود الخاص فى الفقرة الثالثة من هذه المادة، وأخذ بنظام العود المؤبد فى الفقرة الأولى من نفس المادة،

⟨عوده⟩ وبنظام العود المؤقت فى الفقرتين الثانية والثالثة من هذه المادة مراعيا فى كل ذلك نوع العقوبة ومدهما ونوع الجريمة .

وإذا تكرر من المجرم ارتكاب الجرائم فلا يَعُدُّه شراح القوانين الوضعية مجرد عائد، بل يَعُدُّونه مجرما معتادا على الإجرام وعدوًّا خطرا للجماعة يجب استئصاله منها أو إبعاده عنها، وقد طبق القانون المصرى هذه النظرية تطبيقا محدودا، فجعل عقوبة معتاد الإجرام الإرسال لمحل تعينه الحكومة (إصلاحية الرجال) إلى أن يأمر وزير العدل بالإفراج عنه بشرط ألا تزيد مدة بقاء المجرم فى المحل الخاص على ست سنوات أو عشر بحسب الأحوال (المادتان ٥٢، ٥٣ عقوبات) .

وفى إيطاليا يقضى قانون العقوبات الصادر فى سنة ١٩٣٠ بوضع معتادى الإجرام ومحترفيه فى محل زراعى أو صناعى لمدة لا تقل عن سنتين للمعتادين وثلاث للمحترفين .

وفى فرنسا ينص القانون الصادر فى٢٧/٥/ ١٨٨٥ على نفى معتادى الإجرام إلى إحدى المستعمرات .

وهكذا طبقت القوانين الوضعية النظرية تطبيقا محدودا ولم تأخذ بها على إطلاقها.

هذه هى القواعد العامة التى يقوم عليها العود فى القوانين الوضعية الحديثة. ويلاحظ أن القوانين الوضعية لم تعرف قواعد العود إلا أخيرا، وأن المبادئ التى وضعتها للعود والاعتياد على الإجرام تُعَدُّ من أحدث المبادئ فى هذه القوانين .

٥٢٦ـ *الشريعة والعود*: وقد يدهش القارئ أن يعلم أن هذه المبادئ المستحدثة فى القونين الوضعية هى نفس المبادئ التى وضعتها الشريعة الإسلامية للعود ولمعتادى الإجرام منذ ثلاثة عشر قرنا، بل قد يدهشه أن يعلم أن القوانين الوضعية على حداثتها لم تطبق بعد المبادئ الشرعية على إطلاقها .

ومن المتفق عليه فى الشريعة أن يعاقب المجرم بالعقوبة المقررة للجريمة، فإن عاد لها أمكن تشديد العقوبة، فإن اعتاد الإجرام استؤصل من الجماعة بقتله أو بكف شره عنها بتخليده فى الحبس. واختيار إحدى العقوبتين متروك لولى الأمر بحسب ما يراه من ظروف الجريمة وأثرها على الجماعة. ومن الأمثلة على ذلك اللواطة لغير المحصن.

﴿عوده﴾ فالفاعل والمفعول به يعاقب كلاهما بالعقوبة المقررة للجريمة، فإن اعتاد الجريمة ولم تردعه العقوبة قتل لشناعة جريمته ولما تؤدى إليه من التقليد وإفساد الأخلاق والتخنث.

والسارق إذا اعتاد السرقه يعاقب على الاعتياد بتخليده فى الحبس حتى يموت أو تظهر توبته .وقد أقرت الشريعة مبدأ العود على إطلاقه، ولم يفرق الفقهاء بين العود العام والعود الخاص، كما أنهم لم يفرقوا بين العود الأبدى والعود المؤقت، ومن ثم يجوز أن يكون العود عاما وخاصا وأبديا ومؤقتا، والأمر فى ذلك متروك لولى الأمر يضع من القواعد ما يراه محققا للمصلحة العامة .

وهذه هى قواعد العود فى الشريعة، وتلك قواعد العود فى القوانين الوضعية، ولا فرق بينهما إلا أن الشريعة لم تطبق منذ زمن طويل فجهل الناس كل شىء عنها، أما القوانين الوضعية فتطبق باستمرار ويعرفها أكثر الناس معرفة جيدة .

وقد يكفى الشريعة امتيازا أن قواعدها التى وضعت منذ أكثر من ثلاثة عشر قرنا تتفق تمام الاتفاق مع أحدث ما وصلت إليه القوانين الوضعية، ولكن الشريعة فى الواقع تمتاز على القوانين الوضعية بأنها تعاقب معتادى الإجرام ومحترفيه بالقتل وبالتخليد فى السجن، وهما العقوبتان اللتان تصبو إليهما بصفة عامة نفوس شراح القوانين الوضعية، وعلى الأخص أصحاب نظريتى تدابير الأمن **mesure de surete** وطرق الاستئصال **procede d`elemination**، فهؤلاء يرون أن يستأصل معتاد الإجرام من الجماعة، أو أن يحبس حبسا غير محدد المدة بحيث يكفى شره عن الجماعة، ولكن القوانين الوضعية لم تأخذ بهذه الآراء على إطلاقها، واكتفت، بالأخذ بنظرية الحبس غير المحدد المدة بعد أن وضعت على هذه النظرية من القيود ما يجعل الحبس فى النهاية حبسا محدد المدة كما بينا فى الأمثلة التى ذكرناها عن القوانين المصرى والإيطالى والفرنسى .

وهكذا يتبين أن الشريعة الإسلامية قد سبقت القوانين الوضعية فى تنظيم العود وتقرير قواعده، ولا تزال سابقة لهذه القوانين فيما يختص بتقرير تدابير الأمن وطرق الاستئصال وتطبيقها على الوجه الذى ينادى به شراح القوانين أنفسهم .

❁ 525، 526 – موازنة الشريعة والقانون الوضعي فى موضوع معتادى الجرائم الخطيرة:

بعد أن عرض أحكام "العود" فى القانون المصرى وبعض القوانين الأخرى، أكد أن المبادئ المستحدثة فى تلك القوانين قد سبق للشريعة الإسلامية أن أقرها قبل ذلك بقرون عديدة، لأنها تجيز تشديد العقاب على المجرم إذا عاد لارتكاب جريمته بعد الحكم عليه فى جريمة أخرى. وباب التشديد فى التعازير مفتوح لأن القاضى له الحق فى اختيار العقوبة المناسبة دون تقيد بنص كما هو الحال فى القوانين الوضعية، ولذلك نرى أنه فى حالة تقنين التعازير فلا بد من أن يوجد نص يجيز التشديد أو يوجبه. أما الحدود فإن منها عقوبات قصوى مقدرة، ولا يمكن الزيادة عليها إلا بتدابير الوقاية .

ويهمنا هنا أنه وصف التدابير التى تتخذ ضد المجرم المعتاد للإجرام فى القوانين الوضعية بأنها فى العصر الحديث تدخل ضمن "تدابير الوقاية" التى تصل إلى حد جواز اتخاذ إجراءات لاستئصال المجرم فى بعض النظريات الوضعية، وأن الشريعة قد أجازت الحبس غير محدد المدة لهذا الغرض ... لكن من المؤكد أن مثل هذه "التدابير" الخطيرة إذا أجزناها لا يمكن تقريرها فى فقهنا ولا تقنينها إلا فى إطار ضوابط عديدة، أهمها أن يكون للقضاء وحده الأمر بها وألا يفتح للجهات الإدارية بابا لاستغلالها لأغراض بعيدة عن العدالة ....

قال إن فقهنا ذهب إلى حد إجازة استئصال من اعتاد الإجرام إما بقتله، وإما بكف شره عن الناس بتخليده فى الحبس، وهو ما لم يمكن أن يقره .

ورأى أن الاختيار بين الأمرين متروك لولى الأمر، وذكر أن بعض الجرائم بالذات (مثل اللواطة، أى الشذوذ الجنسى) يمكن قتل من اعتادها إذا لم تردعه العقوبة العادية، ويعلل قتله بشناعة الجريمة ولما تؤدى إليه من فساد الأخلاق .

فإذا قارنا هذه بما وصلت إليه بعض الشعوب "المتقدمة" التى تروج فيها الدعوة لإباحة الشذوذ الجنسى حتى وصل الأمر لوضع تشريعات لإجازة "الزواج" بين الشواذ والاعتراف بوجود أسرة من رجلين شاذين أو امرأتين تمارسان السحاق ، ومحاولة بعض الدول الكبرى فرض هذه "الأخلاقيات" على جميع شعوب العالم ، فإننا نرى أن وصولنا إلى إعادة "القيم الأخلاقية" التى تقرها شريعتنا سوف يحتاج إلى جهد كبير لمقاومة تيار الانحرافات "العصرية" .

❁ الأمر يحتاج إلى جهد كبير لمقاومة تيار الانحرافات "العصرية" :

* * *

ونلاحظ أنه اكتفى بأن وصف الاتجاه فى الفقه لاستئصال معتادى الإجرام بالقول أنه "متفق عليه" دون أن يشير إلى المراجع التى استعان بها حتى يمكننا التعليق عليها. ولذلك، فإن لنا تحفظا عليه .

الباب السادس
سقوط العقوبة

〈عوده〉 ٥٢٧ـ *أسباب سقوط العقوبة* : تسقط العقوبات فى الشريعة بأسباب مختلفة، ولكن ليس فى هذه الأسباب ما يُعَدُّ سببا عاما مسقطا لكل عقوبة، إنما تتفاوت الأسباب فى أثرها على العقوبات، فبعضها يسقط معظم العقوبات، وبعضها مسقط لأقلها، وبعضها خاص بعقوبات دون أخرى.

والأسباب المسقطة للعقوبات هى: (١) موت الجانى. (٢) فوات محل القصاص.
(٣) توبة الجانى. (٤) الصلح . (٥) العفو. (٦) إرث القصاص.
(٧) التقادم .

٥٢٨ ـ *موت الجانى* : تسقط العقوبات بموت الجانى إذا كانت بدنية أو متعلقة بشخص الجانى؛ لأن محل العقوبة هو الجانى، ولا يتصور تنفيذها بعد انعدام محلها .

أما إذا كانت العقوبة مالية كالدية والغرامة والمصادرة فلا تسقط بموت الجانى؛ لأن محل العقوبة مال الجانى لا شخصه، ومن الممكن تنفيذ العقوبة على مال الجانى بعد موته .

وقد اختلف الفقهاء فيما إذا كان سقوط عقوبة القصاص بموت الجانى يوجب الدية فى ماله أو لا يوجبها. فرأى مالك وأبو حنيفة أن انعدام محل القصاص يترتب عليه سقوط عقوبة القصاص ولا يترتب عليه وجوب الدية فى مال القاتل؛ لأن القصاص عندهما واجب عينا، والدية فى رأيهما لاتجب بدلا من القصاص إلا برضاء الجانى، فإذا مات الجانى، سقط الواجب وهو القصاص، ولم تجب الدية؛ لأن الجانى لم يوجبها على نفسه. ويستوى أن يكون الموت بآفة سماوية أو بيد شخص آخر ما دام الموت بحق، فإذا مات الجانى بمرض أو قتل فى قصاص لشخص آخر أو قتل لزنا أو ردة، ففى كل هذه الحالات تسقط عقوبة القصاص ولا تجب الدية بدلا منها .

أما إذا قتل الجانى ظلما، فيرى مالك، أن القصاص لأولياء المقتول الأول. فمن قتل رجلا فعدا عليه أجنبى فقتله عمدا فدمه لأولياء المقتول الأول ويقال لأولياء المقتول الثانى:

<عوده> ارضوا أولياء المقتول الأول وشأنكم بقاتلى وليكم فى القتل أو العفو، فإن لم يرضوهم فلأولياء المقتول الأول قتله أو العفو عنه، ولهم ذلك إن لم يرضوا بما بذلوا لهم من الدية أو أكثر منها، وإن قتل خطأ فديته لأولياء المقتول الأول[1].

ويسوى أبو حنيفة بين الموت بحق والموت بغير حق، فكلاهما يسقط حق القصاص سقوطا مطلقا ولا يوجب الدية فى مال الجانى ولا فى مال غيره إذا جنى عليه[2] .

ويرى الشافعى وأحمد أن فوات محل القصاص يسقط عقوبة القصاص فى كل الأحوال سواء أكان الموت بحق أم بغير حق، ولكنه يؤدى إلى وجوب الدية فى مال الجانى؛ لأن الواجب بالقتل عندهما أحد شيئين غير عين القصاص والدية، فإذا تعذر أحدهما لفوات محله وجب الآخر؛ ولأن ما ضمن بسببين على سبيل البدل إذا تعذر أحدهما ثبت الآخر[3].

ونستطيع أن نتبين مدى الخلاف بين الفقهاء فى المثل الآتى : إذا قتل زيد عليا فإن لأولياء علي حق القصاص على زيد، فإذا مرض زيد ومات سقط القصاص بموته ولا شيء لأوليائه طبقا لرأى مالك وأبى حنيفة، ولأوليائه الدية فى مال زيد طبقا لرأى الشافعى وأحمد. فإذا كان موت زيد راجعا إلى أن خالدا قتله عمدا أو صدمه بسيارته خطأ فقتله فقد سقط حق القصاص ولا شيء لأولياء علىّ فى رأى أبى حنيفة. أما طبقا لرأى مالك فحق القصاص ينتقل إلى خالد ولأولياء علىّ أن يقتصوا منه فى حالة العمد، وليس لأولياء زيد أن يقتصوا من خالد إلا إذا أرضوا أولياء على، وفى حالة الخطأ يدفع خالد دية زيد لأولياء على . وطبقا لرأى الشافعى وأحمد يسقط القصاص بموت زيد ويكون لأولياء على الدية فى مال زيد .

٥٢٩- *فوات محل القصاص* : المقصود بالقصاص هنا القصاص فيما دون النفس. ومعنى فوات محل القصاص أن يذهب العضو محل القصاص مع بقاء الجانى حيا، ففوات محل القصاص سبب مسقط لعقوبة القصاص فيما دون النفس فقط، والأصل أن محل القصاص فيما دون النفس هو العضو المماثل لمحل الجناية، فإذا فات محل القصاص سقط القصاص؛ لأن محله انعدم ولا يتصور وجود الشيء مع انعدام محله .

---

(١) مواهب الجليل ج٧ ص٢٣١ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٦ .

(٣) المهذب ج ٢ ص ٢٠١- الشرح الكبير ج ٩ ص ٧١٤ .

<عوده> وإذا سقط القصاص بحق لم يجب للمجنى عليه شيء عند مالك، لأن حق المجنى عليه فى القصاص عينى فإذا سقط القصاص فقد سقط حق المجنى عليه، أما إذا فات محل القصاص بظلم فإن حق القصاص ينتقل إلى الظالم على التفصيل الذى سبق بيانه فى حالة موت القاتل[١].

وأبو حنيفة هو من القائلين بأن موجب العمد هو القصاص عينا يفرق بين ما إذا فات محل القصاص بآفة أو مرض أو ظلما، وبين فواته بحق كتنفيذ عقوبة أو استيفاء قصاص. وفى الحالة الأولى يرى أن المجنى عليه لا يجب له شيء بفوات محل القصاص، أما فى الحالة الثانية فيرى أن المجنى عليه تجب له الدية بدلا من القصاص؛ لأن الجانى قضى بالطرف أو الجارحة التى فاتت حقا مستحقا عليه[٢].

ويرى الشافعى وأحمد أن للمجنى عليه إذا ذهب محل القصاص أن يأخذ الدية أيا كان سبب ذهاب محل القصاص، لأن موجب العمد عندهما أحد شيئين غير عين القصاص والدية، فإذا ذهب محل القصاص تعينت الدية موجبا.

---

(١) مواهب الجليل ج٦ ص٢١٣ – شرح الدردير ج٢ ص٢١٣ .

(٢) بدائع الصنائع ج٧ ص ٢٤٦، ٢٩٨ .

527 – 529 – سبعة أسباب للسقوط أولها وفاة المحكوم عليه :

بعد أن تكلم عن استيفاء العقوبة – أى تنفيذها – تعرض للأسباب التى تؤدى إلى سقوطها بغير تنفيذ، وسوف نستعرضها بالترتيب الذى اختاره وأولها وفاة المحكوم عليه الذى يمكن عَدُّه سببا بديهيا للسقوط .

* * *

وعلى الرغم من أنه يظهر لأول وهلة أن الموت سبب عام لسقوط العقوبات جميعها، فإن الفقهاء لديهم خلاف ينصب على العقوبات المالية وجواز استيفائها من التركة بعد الوفاة بصفتها دينا. ولذلك، يفرقون بين نوعين من العقوبات :

أ – العقوبات المتعلقة بالشخص مثل الإعدام (القتل) أو القطع قصاصا أو الجلد أو الحبس، فهى تسقط حتما بلا نزاع، لأنه لا يمكن تنفيذها على من مات .

ب – العقوبات ذات الصفة المالية (كالدية والغرامة والمصادرة) وهى تتعلق بذمة الشخص أو ماله الذى يبقى تركة بعد وفاته، فيمكن بعد الوفاة أن تنفذ على ماله أى تركته (إن وجدت) بصفتها دينا، والقاعدة أنه لا تركة (للورثة) إلا بعد سداد الديون .

* * *

وقد عالج بعض المشكلات التى أثارت خلافات عديدة وآراء مختلفة فى الفقه، وأهم هذه المشكلات العلاقة بين القصاص والدية كعقوبة بديلة عنه .

لا شك فى أن القصاص يسقط بوفاة المحكوم عليه قبل التنفيذ، إذ لا يمكن تنفيذه.

لكن المشكلة هى: هل تجب عليه الدية بوصفها بديلة عن القصاص، خصوصا فى حالة تنازل المجنى عليه عن المطالبة بالقصاص ؟

فيرى البعض (مالك وأبو حنيفة) أن سقوط القصاص بالوفاة لا يترتب عليه استيفاء الدية من تركته، سواء كان الموت قدرا أو بحق، أم لا .

أما الإمام مالك، فيذهب إلى أبعد من ذلك، إذ يقول : "إنه إذا كان قد مات ظلما، واستحق ولى دمه لذلك دية بسبب جريمة قتله، فإن المجنى عليه الأول يكون أولى بهذه الدية" ... على تفصيل طويل يراجع فى المتن .

وهناك رأى نرجحه (قاله الشافعى) وهو أن سقوط عقوبة القصاص لأى سبب من الأسباب يوجب تحصيل الدية من ماله لأنها دين مستحق تكون واجبة عندما يتعذر القصاص .

❁ الخلاف حول وجوب الدية فى تركة الجانى عند وفاته :

وإذا لم يمكن القصاص لعدم وجود العضو المماثل للعضو الذى أتلفه الجانى (ذراعه مقطوعة أو عين مقلوعة ..) فالحكم هنا مثل الحكم فى حالة القصاص فى النفس إذا مات المحكوم عليه باتفاق، لكن الخلاف هو: هل يجب أخذ "الأرش" من تركته؟ وهنا اختلف الفقهاء كماهو الحال فى الصورة السابقة للدية فى القتل .

<عوده> ٥٣٠ ـ *توبة الجانى* : من المتفق عليه فى الشريعة أن التوبة تسقط عقوبة جريمة الحرابة المقررة جزاء على الأفعال التى تمس حقوق الجماعة ، وذلك لقوله جل شأنه : ﴿إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم﴾[المائدة:٣٤]. فالمحارب إذا تاب قبل القدرة عليه، سقطت عنه العقوبات المقررة على الأفعال الماسة بحقوق الجماعة. أما العقوبات المقررة على الأفعال الماسة بحقوق الأفراد، فلا تسقطها التوبة.

وإذا كان الفقهاء اتفقوا على أن التوبة تسقط العقوبة المقررة لجريمة الحرابة إذا حدثت التوبة قبل القدرة على المحارب، فإنهم قد اختلفوا فى أثر التوبة على ما عدا هذه الجريمة، ولهم فى ذلك ثلاث نظريات ذكرناها بمناسبة الكلام على العدول عن الجريمة فلا داعى لتكرارها هنا [١] .

٥٣١ـ *الصلح* : الصلح سبب من أسباب سقوط العقوبة، ولكنه لا يسقط إلا القصاص والدية، أما ما عداهما من العقوبات فلا أثر للصلح عليها .

ولا خلاف بين الفقهاء فى أن القصاص يسقط بالصلح، ويصح أن يكون الصلح عن القصاص بأكثر من الدية وبقدرها وبأقل منها .

والأصل فى الصلح السنَّة والإجماع. فقد روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: "من قتل عمدا دفع إلى أولياء المقتول، فإن شاءوا قتلوا وإن شاءوا أخذوا الدية، وما صولحوا عليه فهو لهم". وفى عهد معاوية قتل هدبة بن خشرم قتيلا؛ فبذل سعيد ابن العاص والحسن والحسين لابن المقتول سبع ديات ليعفو عنه فأبى ذلك وقتله[٢] .

ولما كان القصاص ليس مالا؛ جاز الصلح عنه بما يمكن أن يتفق عليه الفريقان، لأنه صلح عما لا يجرى فيه الربا، فأشبه الصلح على العروض فيصح أن يكون بدل الصلح قليلا أو كثيرا من جنس الدية أو من خلاف جنسها حالا أو مؤجلا .

أما إذا كان الصلح على الدية وليس على القصاص، فإنه لا يجوز أن يكون على أكثر مما تجب فيه الدية؛ لأن ذلك يُعَدُّ ربا، فمثلا لا يصلح الصلح على الدية مقابل مائة وعشرين من الإبل، لأن الدية مائة من الإبل فقط؛ ولأن الزيادة ربا .

---

(١) راجع الفقرة ٢٥٣ .

(٢) المغنى ج٩ ص٤٧٧ .

(عوده) ٥٣٢ ـ *العفو* : العفو سبب من أسباب سقوط العقوبة، وهو إما أن يكون من المجنى عليه أو وليه، وإما أن يكون من ولى الأمر، ولكن العفو ليس على أى حال سببا عاما لإسقاط العقوبة، وإنما هو سبب خاص يسقط العقوبة فى بعض الجرائم دون البعض الآخر. والقاعدة التى تحكم العفو أنه لا أثر له فى جرائم الحدود، وأن له أثره فيما عدا ذلك على التفصيل الآتى:

٥٣٣ ـ *جرائم الحدود والعفو* : ليس للعفو أى أثر على الجرائم التى تجب فيها عقوبات الحدود، وليس للعفو أثر على هذه العقوبات سواء كان العفو من المجنى عليه أو من ولى الأمر . فالعقوبة فى هذه الجرائم لازمة محتمة، ويعبر الفقهاء عنها بأنها حق الله تعالى؛ لأن ما كان حق الله امتنع العفو فيه أو إسقاطه(١).

وقد ترتب على عدم جواز العفو عن العقوبة أو إسقاطها اعتبار من وجب عليه حد مهلك مهدرا فيما وجب فيه الحد، فإن وجب الحد فى نفسه أهدرت نفسه، وإن وجب فى طرفه أهدر طرفه(٢).

٥٣٤ـ *العفو فى جرائم القصاص والدية*: تجيز الشريعة للمجنى عليه أو ولى دمه أن يعفو عن عقوبتى القصاص والدية(٣) دون غيرهما من العقوبات المقررة لجرائم القصاص والدية، فليس له أن يعفو عن عقوبة الكفارة، ولا يؤثر عفوه على حق ولى الأمر فى تعزير الجانى بعد العفو عنه.

وليس لولى الأمر أن يعفو فى جرائم القصاص والدية عن العقوبات المقدرة كالقصاص والكفارة، ولكن له أن يعفو عن أى عقوبة تعزيرية يعاقب بها الجانى وله أن يعفو عن كل عقوبة أو بعضها .

وحق المجنى عليه أو وليه فى العفو مقصور كحق ولى الأمر على العفو عن العقوبة فقط، وليس لأيهما العفو عن الجريمة. فإذا عفا أحدهما عن الجريمة انصرف عفوه إلى

---

(١) إذا عوقب على جريمة من جرائم الحدود بعقوبة تعزيرية مع عقوبة الحد، جاز لولى الأمر أن يعفو عن العقوبة التعزيرية وحدها، وإذا امتنع الحد فى جريمة من جرائم الحدود وعوقب عليها بالتعزير فليس لولى الأمر العفو عن العقوبة على الرأى الراجح .

(٢) راجع الفقرة ٣٧٥ وما بعدها.

(٣) المقصود من الدية معناها الأعم فتشمل الدية والأرش والحكومة .

<عوده> العقوبة فى الحدود التى بيناها، والعلة فى منع العفو عن الجريمة أنه لو سمح للمجنى عليه بالعفو عن الجريمة لما أمكن معاقبة الجانى، وفى هذا خطر شديد على الجماعة؛ لأن الجريمة تمس الجماعة وإن كانت أكثر مساسا بالمجنى عليه، ولو سمح لولى الأمر بالعفو عن الجريمة لأمكن تعطيل حق المجنى عليه فى القصاص والدية .

والأصل فى حق المجنى عليه أو وليه فى العفو الكتاب والسنَّة، أما الكتاب فقد أقر هذا الحق فى سياق قوله تعالى: ﴿يأيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى﴾، حيث قال : ﴿فمن عُفِىَ له من أخيه شى فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان﴾ [البقرة:١٧٩]. وفى سياق قوله تعالى : ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس﴾، حيث قال : ﴿فمن تَصَدَّق به فهو كفارة له﴾[المائدة:٤٥]. وأما السنَّة فإن أنس بن مالك قال: "مارأيت رسول الله ﷺ رفع إليه شىء من قصاص إلا أمر فيه بالعفو" .

والعفو عن القصاص عند الشافعى وأحمد هو التنازل عن القصاص مجانا أو على الدية، فمن تنازل عن القصاص من القاتل مجانا فهو عاف، ومن تنازل عن القصاص مقابل الدية فهو عاف[1].

والعفو عند مالك وأبوحنيفة هو إسقاط القصاص مجانا، أما التنازل عن القصاص مقابل الدية فهو ليس عفوا وإنما هو صلح؛ لأن الجانى لا يلزم بالدية إلا إذا قبلها[2].

ويَعُدُّ مالك وأبو حنيفة العفو عن القصاص على الدية صلحا لا عفوا؛ لأن الواجب بالعمد عندهما هو القصاص عينا؛ ولأن الدية لا تجب عندهما إلا برضاء الجانى. وإذا كان إسقاط القصاص على الدية يقتضى رضاء الطرفين فهو صلح لا عفو. أما الشافعى وأحمد فيَعُدَّان العفو عن القصاص على الدية عفوا لا صلحا؛ لأن الواجب بالعمد عندهما أحد شيئين غير عين القصاص والدية، والخيار للمجنى عليه أو وليه دون الحاجة لرضا الجانى. ولما كان القصاص أشد من الدية كان إسقاطه واختيار الدية إسقاطا محضا لا مقابل له، وتركا للأكثر وأخذا للأقل، فهو عفو، لأنه إسقاط محض صادر من طرف واحد وغير متوقف على موافقة الطرف الآخر. وكما يجوز العفو عن القصاص، يجوز أيضا العفو عن الدية سواء كانت الدية هى العقوبة الأصلية كما فى القتل الخطإ أو كانت حالة محل القصاص.

---

(١) المهذب ج٢ ص٢٠١- الشرح الكبير ج٩ ص٤١٧ .

(٢) الشرح الكبير للدردير ج٤ ص٢٣٠ - الزيلعى ج٦ ص ١٠٧،١٠٨- البحر الرائق ج٨ ص٣٠١،٣٠٠ .

<عوده> ٥٣٥ - *العفو في جرائم التعازير*: من المتفق عليه بين الفقهاء أن لولى الأمر حق العفو كاملا فى جرائم التعازير، فله أن يعفو عن الجريمة، وله أن يعفو عن العقوبة كلها أو بعضها. ولكنهم اختلفوا فيما إذا كان لولى الأمر حق العفو فى كل جرائم التعازير أو فى بعضها دون البعض الآخر.

فرأى البعض أن ليس لولى الأمر حق العفو فى جرائم القصاص والحدود التامة التى امتنع فيها القصاص والحد، وأن هذه الجرائم يعاقب عليها بالعقوبات التعزيرية المناسبة ولا عفو فيها لا عن الجريمة ولا عن العقوبة. أما ما عداها من الجرائم، فلولى الأمر فيها أن يعفو عن الجريمة وأن يعفو عن العقوبة إذا رأى المصلحة فى ذلك بعد نفسه(١) .

ورأى البعض أن لولى الأمر فى كل الجرائم المعاقب عليها بالتعزير أن يعفو عن الجريمة وأن يعفو عن العقوبة إذا كان فى ذلك مصلحة(٢). ورأى الفريق الأول أقرب إلى منطق الشريعة فى جرائم الحدود وجرائم القصاص .

وللمجنى عليه فى جرائم التعازير أن يعفو عما يمس شخصه كما فى الضرب والشتم، ولكن عفوه لا يؤثر على حق الجماعة فى تأديب الجانى وتقويمه، فإذا عفا المجنى عليه انصرف عفوه إلى حقوقه الشخصية(٣) .

وإذا عفا ولى الأمر فى جرائم التعازير عن الجريمة أو العقوبة، فإن عفوه لايؤثر بأى حال على حقوق المجنى عليه(٤).

وقد سبق أن تكلمنا عن العفو بمناسبة الكلام على بطلان القوانين المخالفة للشريعة وما قلناه هناك يكمل ما قيل هنا(٥).

---

(١) شرح فتح القدير ج٤ ص٢١٢، ٢١٣- المغنى ج١٠ ص٣٤٩- أسنى المطالب ج٤ ص ١٦٢،١٦٣ - الأحكام السلطانية ص٢٠٧- الإقناع ج٤ ص ٢٧٠ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٠ .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) الأحكام السلطانية ص٢٠٧- أسنى المطالب ج٤ ص١٦٣ .

(٤) المراجع السابقة ومواهب الجليل ج٦ ص٣٢٠ .

(٥) راجع الفقرة ٢٠٣ .

هذه الحالات الثلاث يجمعها أنها صور ثلاث من العفو عن العقوبة، لأنها تغنى عنها بسبب تحقق الهدف الإصلاحى الذى شرعت من أجله، وهو إصلاح الجانى ورجوعه عن المعصية .

فالتوبة أوسع صور التصالح مع الشارع الحكيم، وقد أوجبته شريعتنا على كل من زلت قدمه من بنى آدم، لكى يتوب الله عليه ويغفر ذنبه، اقتداء بأبينا آدم الذى كان أول من عصا وتاب فعفا الله عنه وقبل توبته، وأمرنا جميعا بالاقتداء به، ووعدنا بالاستجابة فى آيات عديدة من القرآن الكريم وأحاديث نبوية شريفة، فمن تاب من ذنبه وندم عليه وعقد عزمه على ترك المعصية فى الحال والاستقبال فقد أطاع أمر الله؛ وطاعته سبحانه هى أولى الحسنات التى تذهب السيئات، مصداق القول المأثور الذى نسمعه يوميا من الخطباء والواعظين: كل بنى آدم خطّاء وخير الخطائين التوابون.

فشريعتنا تعلمنا أننا لسنا ملائكة، بل إن فطرتنا كثيرا ما تدفعنا إلى المعاصى لكى نغسل دنسها بالتوبة والندم على ما ارتكبنا. ومن لطف الله بنا ورحمته وكرمه أن وعدنا بقبول التوبة إذا صحت واستوفت شروطها، التى أفاض الغزالى فى تفصيل أركانها[1] .

وقبول التوبة له أثر قضائى ودنيوى، هو عفو المجتمع عن العقوبة المقررة للمعصية التى ارتكبها التائب. أما الأثر الأخروى، فقد وعدنا الله بأن يمحو الجريمة ذاتها بل يبدلها حسنة.

وقد فصلنا من قبل أثر التوبة فى سقوط العقوبات المختلفة، فنحيل إليه كما أحال فقيهنا .

والتصالح الثانى الذى تكلم عنه فقيهنا، هو تصالح الجانى مع المجنى عليه إذا كان حيا، أو مع ولى الدم فى حال وفاته، ويترتب عليه سقوط عقوبة القصاص، مع بقاء حق المجتمع فى اتخاذ ما يلزم من تدابير التعازير المناسبة .

وقد أشار فقيهنا إلى عفو من سماه ولى الأمر عن عقوبة التعزير. وقد سبق أن أشرنا مرارا إلى أننا نَعُدُّ القضاء وحده هو ولى الأمر فى هذا الصدد.

---

[1] يراجع الجزء الرابع من كتابه "إحياء علوم الدين" .

۞ الحدود حق لله والتوبة تسقطها بوصفها صلحا مع الله سبحانه :

وقد صرح القرآن بأثر التوبة بالنسبة لجريمة الحرابة .

فيما يخص "الحرابة" فإن النص القرآنى صريح على أن التوبة قبل القدرة تمنع عقوبة الحرابة [المائدة : 34]. أما الجرائم الأخرى، ففيها مذاهب مختلفة يرجع إليها فى المواضع المشار إليها .

وموضوع التوبة أوسع من ذلك، ويستحق أن يكون أساسا لأحكام عديدة لاتجاه الشريعة للتشجيع عليها.

هناك إجماع على جواز الصلح الذى يتضمن تنازل المجنى عليه (أو ولى الدم) عن المطالبة بعقوبة القصاص أو الدية. والاتفاق على التنازل عن القصاص يجوز أن يكون بمقابل مالى، دون حدود أو قيود على المبلغ المتفق عليه .

إلا أنه فى حالة الصلح عن الدية يرون ألا يجوز أن يكون المقابل أكثر من الدية، بحجة أن الزيادة تكون ربا. ولنا رأى فى ذلك هو: أن الدية كما قلنا من قبل هى الحد الأدنى للتعويض عن الجريمة، وقد سبق أن قلنا إن من حق المجنى عليه أن يطالب بتعويض عن الضرر الزائد عن الدية، ولا نرى أن ذلك يكون ربا إذا كان تعويضا عن ضرر وقع فعلا فى نظرنا.

* * *

قال إن الحدود تُعَدُّ حقا لله تعالى، ولذلك، فإنه يرى أنه لا يجوز لأحد أن يعفو عنها سواء كان مجنيا عليه أو ولى الأمر الممثل للجماعة، ويرى أن هذا المبدأ من خصائص عقوبات الحدود. ونحن نضيف أن التوبة هى الصلح مع الله سبحانه، لذلك يترتب عليها سقوط الحدود. أما القصاص فيجوز للمجنى عليه أو ولى الدم أن يعفو عنه.

وقد سبق أن أبدينا الرأى بأن التعازير هى الأصل فى العقاب، وأنها أيضا من حقوق الله مثل الحدود، لكن فى حالة التوبة تسقط التعازير العقابية وتبقى التدابير الإصلاحية والتربوية .

ورأينا هو أن العفو يملكه القضاء فى الحالات التى يجوز فيها العفو كلها، وأولها التوبة، وأن يقرر ذلك مع ملاحظة أن الحدود (بما فيها القصاص) يجب ألا يشملها العفو إلا لأسباب مهمة تبرر ذلك فى نظر القضاء مثل التوبة الصادقة التى تدخل بذلك فى نطاق الشبهات التى تدرأ الحدود جميعا .

❁ التعازير يجوز فيها العفو ، والخلاف فيمن له هذا الحق :

وإذا كان هناك اعتراض على هذا الرأى بأنه يتعارض مع ما هو معروف فى السنة النبوية فى هذا الصدد ... فإننا لا نستطيع تجاوز أحكام السنة متى تأكدت صحتها .

أما الكلام عن العفو فى القصاص والدية، فإنه مؤكد، لكن العفو المقصود هنا لا يكون عن الجريمة ولا عن العقوبة التعزيرية، وإنما هو عفو عن عقوبة معينة فقط هى القصاص أو الدية، وهنا يميز المشرع بين القصاص وغيره من العقوبات على أساس أن التعزير يحل محله دائما وكذلك الدية فى بعض الأحوال .

للمجنى عليه أن يعفو عن القصاص، ولو كان صلحا مقابل مال كما بينا من قبل، والفقهاء يميزون بين الصلح والعفو لأن العفو قرار بإرادة منفردة (هى إرادة المجنى عليه أو ولى دمه)، أما الصلح فهو عقد ينشئ التزامات على الطرفين، ويخضع لأحكام هذا النوع من العقود الملزمة للطرفين .

الكفارة إجراء تعبدى كما قدمنا، ولذلك لا محل للإعفاء منها ولا العفو عنها .

يرى فقيهنا أن ولى الأمر له حق العفو فى التعازير العقابية على أنه ينوب عن الجماعة ويعمل باسمها وأن التعزير حق للجماعة، أما الحدود فهى حق لله، ونحن نعتقد أن حقوق الجماعة تُعَدّ من حقوق الله .

وعلى العموم، فإننى أرى أن الذى يمكن أن ينوب عن الجماعة فى العفو[1] عن التعازير هو الاجتهاد (فى حالة التقنين) أو القضاء وليس صاحب السلطة التنفيذية، لأن اختصاصهم هو تنفيذ الأحكام لا العفو عنها .

وقد اكتفى فقيهنا فى معالجة ذلك بالقول بأنه يجب ألا يستعمل ولى الأمر حق العفو إلا "بعد مجانبة هوى نفسه" ولا بد فى نظرنا من ضمانة لذلك، وهى أن يكون قراره تنفيذا لما يقرره أهل الاجتهاد أو القضاء .

ويلاحظ أن حق المجنى عليه (أو من أصابه ضرر) فى التعويض المدنى لا يتأثر بالعفو الصادر عن العقوبة فى جميع الأحوال، لأنه حق خاص لا يتنازل عنه إلا صاحبه.

لاحظنا أن السيد الصدر فى تعليقه على البند (51) فيما سبق، يفرق بين نوعين من المعاصى التى تستوجب التعزير، وأن النوع الأول هو ارتكاب فعل محرم بنص شرعى

---

(1) يراجع مزيد من التفصيل فى موضوع العفو البنود 202 وما بعده ...

(تكليفى) مثل الربا والغش والرشوة، وهذا النوع لا يجيز لولى الأمر أن يعفو عنها. أما النوع الثانى الذى وصفه بأنه مخالفة أمر صادر من ولى الأمر (الشرعى فى حدود اختصاصه) فإنه يجيز لولى الأمر العفو عنه.

لكنا لا نوافقه فى القول بأن ولى الأمر هو من سماه (رئيس الدولة الإسلامية)، لأن هذا معناه الاعتراف بشرعية القوانين الوضعية التى يصدرها رؤساء الدول غير الشرعيين ومغتصبو الولاية بالقوة والقهر. ونرى أن اصطلاح أولياء الأمر يشمل كل من يتولى سلطة شرعية، وفى حدود ولايته الشرعية فقط، مع ملاحظة أن ولاية التقنين والتعزير هى فى الأصل لأهل الاجتهاد والفقه وليست لمن سماه رئيس الدولة .... الذى لا حق له فى ممارسة أى سلطة تتجاوز ما منحته البيعة الحرة التى قلنا إن شروطها هى نصوص الدستور الذى يقسم رئيس الدولة الشرعى على احترامه والالتزام به .

أثر التوبة

في الجزاءات الجنائية

للمستشار الدكتور : شكري الدقاق

مقدمة :

إذا كان للجريمة – كمناط للتأثيم – ركنان قانونيان لا تقوم إلا بهما، وهما الركنان المادي والمعنوي، فإن للتوبة أيضا – كمناط للإعفاء أو سبب للتخفيف من العقاب – ركنان لا تقوم إلا بهما، وهما الركنان المادي والمعنوي .

ويتمثل الركن المعنوي في الندم، والعزم على الكف عن مخالفة القانون، وعدم العودة إلى السلوك الإجرامي مرة أخرى .

ويتمثل الركن المادي في سلوك سلبي وهو الامتناع عن السلوك الإجرامي، وسلوك إيجابي وهو إعادة الحقوق المغتصبة إلى أصحابها .

أدلة التوبة ومظاهرها :

للتوبة أدلة ومظاهر تدل على صدقها وجديتها. من هذه الأدلة :

أ- الاعتراف طواعية لدى السلطات المختصة دون ضغط أو إكراه أو شبهات قوية .

ب- العمل على إرشاد السلطات المختصة إلى الشركاء في الجريمة .

أثر التوبة في القوانين الوضعية :

متى توافرت أركان التوبة على نحو ما سلف، فإنها تنتج أثرها كظرف من ظروف التخفيف التي تخضع لتقدير قاضي الموضوع، وهي تبدو في صورة دفع موضوعي أمام سلطة التحقيق أو أمام قاضي الموضوع، ويكون لأي منهما تقدير مدى جدية هذا الدفع بعَدِّه مسألة موضوعية مستقلة بتقديرها، ومن ثم فيجوز للمحقق أن يأمر بحفظ الأوراق أو لقاضي الموضوع عَدّها من الظروف المخففة أو الحكم بإعفاء المتهم من العقاب إذا وجد نص صريح بذلك بشرط أن يستند القرار أو الحكم إلى أسباب سائغة .

وقد أخذ كثير من القوانين بهذه القرينة لإعفاء المجرمين من العقاب في حالات معينة وبشروط محددة بحسبان أن ذلك المسلك يُعَدّ دليلاً صادقاً وجديّا على حُسن توبة المجرمين، لا سيما في جرائم الرشوة والإرهاب .

أثر التوبة على العقاب في الشريعة الإسلامية :

أولاً : أثر التوبة في عقوبات الحدود :

الحد هو العقوبة المقدرة حقا لله تعالى. ومعنى العقوبة المقدرة أنها محددة بنص شرعي. ومعنى أنها حق لله تعالى أن المصلحة العامة توجب فرض هذه العقوبة بالذات من أجل دفع الفساد عن الناس وتحقيق الأمن والسلامة لهم .

والجرائم التي فُرضت فيها عقوبات حدية، عددها سبع جرائم، هي : الحرابة – الزنا – القذف– السرقة – الشرب – الردة – البغي .. وجرى كثيرون على وصف هذه الجرائم بأنها حدود، وعقوباتها تسمى حدودا أيضا .

وبالنسبة لأثر التوبة على تلك الحدود، فقد أجمع أئمة الفقه الإسلامي على أن التوبة تُسقط العقاب بالنسبة لجريمة الحرابة بشرط حدوثها قبل القدرة على الجاني، أي قبل القبض عليه بواسطة السلطة المختصة، وذلك استنادا إلى قوله تعالى: ﴿إلا الذين تابوا من قبل أن تَقْدِروا عليهم فاعلموا أن الله غفورٌ رحيم﴾ [المائدة:34].

ولكن الخلاف ثار بينهم بالنسبة لباقي جرائم الحدود الأخرى، وما إذا كانت توبة الجاني تُسقط عنه عقوبة هذه الجرائم أيضا أسوة بالحرابة – أم لا ؟..

ونحن نكتفي بتأييد الرأي الذي ذهب إليه الفقيه ابن تيمية وتلميذه ابن القيِّم وهما من الحنابلة، وذلك للدلالة السائغة التي ساقاها لتأييد رأيهما، وموجزها أن العقوبة الحدية قُصد بها التطهير من المعصية وأن التوبة تطَهِّر من المعصية أيضا، ومن ثم فإنها تُسقط العقوبة الحدية في جرائم الحدود. فمن تاب من هذه الجرائم سقطت عقوبته، إلا إذا اختار الجاني أن يُعاقب رغبة منه في التطهر، وفي هذه الحالة يُقام عليه الحد برغم توبته بناءً على طلبه .

وتأكيداً لاقتناعنا بهذا الرأي، فإننا نسوق المزيد من الأدلة والحجج تدعيما له وذلك كما يلي :

١- أن التوبة المخلصة قوامها الاختيار الحر الذي لا يشوبه إكراه أو إجبار أو يأس من النجاة من الوقوع في أيدي السلطة العامة. ذلك، لأن التوبة الصادقة تخرج من الضمير رغبة في التطهر والتخلي نهائيا عن أي مسلك إجرامي. ومن ثم، فإذا أعلن الجاني توبته قبل القدرة عليه، فإن ذلك يُعَدُّ منه دليلاً قاطعًا على عزمه المخلص على عدم العودة إلى الجريمة مرة أخرى .

أما إذا جاءت التوبة نتيجة اضطرار الجاني لدرء العقاب عن نفسه بعد أن حاصرته الأدلة من كل جانب، وأصبح قاب قوسين أو أدنى من القبض عليه أو توجيه الاتهام إليه – فإن توبته في هذه الحالة لا يجوز الأخذ بها كسبب مسقط للعقاب، وإن كان يمكن الاعتداد بها كعذر مخفف حسب كل حالة على حدة، وحسب مقتضيات الحال .

٢- أن فلسفة التوبة – كعذر معف من العقاب – تكمن في رغبة الجاني الصادقة في نبذ الجريمة. وتصل التوبة في صدقها إلى أبعد مدى، إذا ما طلب الجاني من السلطة العامة معاقبته على ما اقترفه من جرائم الحدود، رغبة منه في التطهر من دنس الذنوب، وأن يبعث يوم القيامة طاهرًا بعد توقيع العقاب عليه في الدنيا. ولا غرابة في ذلك، فلقد ذهب الفيلسوف الألماني "هيجل" إلى أن "العقاب هو حق للجاني كما هو حق للسلطة"، بمعنى أن الجاني من حقه أن يطلب من السلطة العامة أن توقع عليه العقاب تطهيرًا له .

٣- أن العلة في إسقاط العقاب (الحدي) عن الجاني الذي أعلن التوبة قبل القدرة عليه في جريمة الحرابة، هي نفسها العلة في باقي جرائم الحدود الأخرى، وهي مكافأته على نبذه للجريمة وعزمه الحاسم على عدم العودة إلى السلوك الإجرامي مرة أخرى، لا سيما أن القرآن الكريم يزخر بكثير من الآيات التي تشجع على التوبة وتبشر التائبين بالمغفرة والنجاة من العذاب .

٤- في بعض جرائم الحدود الأخرى، كالردة والبغي، نجد أن الجمهور يرى أن التوبة لها أثرها في إسقاط العقاب عن الجاني، حتى بعد القدرة عليه. ففي جريمة الردة لا يعاقب الجاني قبل استتابته، أي دعوته وحثه على التوبة والعودة إلى الله. وكذلك في جريمة البغي، لا يجوز قتل الأسرى من البغاة إذا أعلنوا الندم والعودة إلى طاعة

الإمام والانضواء تحت لوائه .. فإذا كانت التوبة في هاتين الجريمتين – وهما من جرائم الحدود – تسقط عن الجاني العقاب (الحدي) بعد وقوع الجريمة بل والقدرة عليه، فإن التوبة تُسقط العقاب في باقي جرائم الحدود في رأينا، إذا أعلن الجاني توبته وأقر بذنبه قبل القدرة عليه من باب أولى .

٥– إن اشتراط تعدد الإقرارات في جريمة الزنا لتوقيع الحد على الجاني هي في حقيقتها رخصة منحها الشارع للتائبين دون غيرهم بحيث لا يستفيد منه سواهم من الزناة. فإذا أراد الجاني الاستفادة من هذه الرخصة، سقط عنه العقاب (الحدي) إذا رجع عن إقراره (الأول أو الثاني أو الثالث)، ولا يوقع عليه الحد إلا إذا أصرَّ على التطهر بإصراره على إقراره أربع مرات في مجالس متفرقة، وتوقيع الحد فيه في هذه الحالة يُعَدُّ تطهيرًا بناءً على طلبه وليس عقابًا .

والدليل على ذلك أن ماعزا والغامدية كليهما جاءا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تائبين بإقرارهما بالذنب دون أي دليل تام ضدهما، ودون إجبار أو إكراه على الاعتراف. ولقد عرف المصطفى ذلك، فأعطاهما رخصة الرجوع عن الإقرار لعلمه بصدق توبتهما، ولكنهما ذهبا إلى أبعد مدى في الإخلاص في التوبة بأن ألحا على الرسول أن يطهرهما بتوقيع الحد عليهما، فكان لهما ما أرادا. ولقد قام الرسول صلى الله عليه وسلم بالصلاة عليهما بعد أن فاضت روحهما، بعد توقيع حد الزنا، وقال قولته المعروفة بأن توبتهما لو وُزِّعت على أهل المدينة لوسعتهم .

ولقد قال صلى الله عليه وسلم: "إن العبد إذا اعترف بذنبه ثم تاب إلى الله تاب الله عليه". أخرجه الصحيحان .

كما ورد عن الرسول صلى الله عليه وسلم أن رجلاً ارتكب جريمة الزنا واعترف بها، لكنه صلى الله عليه وسلم أعفاه من العقاب بحد الزنا عندما اعترف بجريمته طائعًا مختارًا بعد أن أُلصقت برجل غيره، وسيق الرجل إلى الساحة لتوقع عليه عقوبة الرجم، وعندئذ استقيظ ضمير الجاني الحقيقي، واعترف للرسول بذنبه ليدفع الحد عن الآخر، فعفا عنه الرسول مكافأة له على توبته التي دل عليها اعترافه الاختياري برغم عدم وجود أي دليل ضده (رواه النسائي وأبو داود) .

نخلص من كل تقدم أننا نرى أن التوبة لها أثرها في إسقاط العقاب عن الجاني الذي يرتكب أى جريمة من جرائم الحدود، ولا يقتصر الإعفاء على جريمة الحرابة وحدها .

ثانياً : أثر التوبة بالنسبة لعقوبات القصاص والدية :

عقوبة القصاص والدية هي عقوبة مقدرة لجرائم معينة، لكنها حق للأفراد، أي أن المجني عليه أو ولي الدم له الحق في العفو عنها إن شاء. فإذا عفا سقطت عقوبة القصاص أو الدية عن المعفو عنه .

وبالنسبة لأثر التوبة على عقوبة القصاص، فلقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن توبة الجاني لا تمنع توقيع القصاص على الجاني إلا إذا عفا عنه المجني عليه أو ولي الدم في حالة القتل .

ولذلك قالوا إنه في جريمة الحرابة إذا تاب الجاني قبل القدرة عليه سقط عنه القتل كعقوبة حدية عن جريمة الحرابة، ولكن إذا كان قد قتل شخصا فإن الإمام يلتزم مع ذلك بتمكين أولياء الدم من الجاني ليستوفوا حقهم في القصاص منه، وذلك بتقدير أن القصاص في جريمة القتل هو حق للعبد (المجني عليه أو ولي الدم) قبل أن يكون حقا لله تعالى .

ومع ذلك، فإننا لا نوافق على هذا الرأي على إطلاقه، بل نرى أن توبة الجاني – وإن كانت لا تسقط الدية – فإنها قد تسقط القتل قصاصا في جريمة القتل في هذه الحالة إذا رأى الإمام مسوِّغا مقبولا لذلك. ونستدل على ذلك الرأي بالمنقول والمعقول .

فبالنسبة للمنقول: فقد ورد عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه أسقط عقوبة القتل قصاصًا عن رجل اعترف بقتل آخر بعد أُلصقت التهمة برجل آخر خطأً وظلمًا، إلا أن الجاني الحقيقي تقدَّم واعترف قبل استيفاء القصاص من المظلوم لإنقاذه، فقام الإمام علي بأداء الدية إلى ولي الدم من بيت المال، واستند إلى قوله تعالى: ﴿ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعًا﴾[المائدة: 32]. واستخلص من اعتراف

الجاني الحقيقي بجريمته دليلاً على صدق توبته التي تُسقط القصاص في هذه الحالة، وقام بدفع الدية لولي الدم ليدرأ عن القاتل التائب عقوبة القتل قصاصاً[1] .

أما المعقول: فإن الله سبحانه وتعالى في آياته حبب إلى ولي الدم العفو أو اقتضاء الدية، وكذلك حثّ الرسول الكريم في كثير من الأحاديث على العفو، فضلاً عن أن حق العبد لن يسقط بل يكتفى باقتضائه الدية، لا سيما إذا وضعنا في الحسبان أن عدم استيفاء الحق بالقتل قصاصًا لن يُسقط حق الإمام في توقيع جزاء ملائم على الجاني تعزيرًا له، وبذلك ستحقق الفائدة وتندفع المفسدة. فمن ناحية لن يضيع حق ولي الدم باقتضائه الدية، ومن ناحية أخرى سيكسب المجتمع رجلاً صالحاً بعد توبته عن الجريمة وعودته إلى جادة الصواب، ومن ناحية ثالثة لن يسقط حق الإمام في توقيع التعزير الملائم الذي يراه كافياً لتحقيق فكرة الردع العام .

ثالثاً : أثر التوبة على التعازير :

التعازير هي مجموعة الجزاءات غير المقدرة، وهي متنوعة وغير محدودة ويُترك للقاضي فيها الاختيار المناسب حسب كل حالة على حدة. والتعزير يجوز فرضه على من يرتكب معصية إذا لم يمكن توقيع عقوبة مقدرة عليها سواء كان حدًا أو قصاصا أو دية مهما يكن سبب امتناع العقوبة المقدرة حدًّا أو قصاصا أو سقوطها .

وإننا نؤيد الرأي القائل بأن التعازير عندما تكون عقوبة جنائية، فإنها تسقط بالتوبة استنادًا إلى المنقول والمعقول .

فبالنسبة للمنقول: قال تعالى: ﴿والذين إذا فعلوا فاحشة أو ظلموا أنفسهم ذكروا الله فاستغفروا لذنوبهم﴾[آل عمران: 135] .

وقال تعالى: ﴿فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فإن الله يتوب عليه إن الله غفور رحيم﴾ [المائدة :39].

وقوله تعالى: ﴿إن الحسنات يُذهبن السيئات﴾[هود :114] .

وفي السنة النبوية : رُوي أن رجلاً جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال: "عالجت امرأة فأصبت منها كل شيء إلا المسيس. وهنا طلب إليه الرسول أن يصلي معه وتلا قوله تعالى: ﴿إن الحسنات يُذهبن السيئات﴾. وقوله تعالى: ﴿أقم

(١) ابن القيم، الطرق الحكمية، ص ٥٦ .

الصلاة لدلوك الشمس إلى غسق الليل ...﴾ [الإسراء:78] إلى آخر الآية. ثم أخبره بأن صلاته كفَّرت ذنوبه" (رواه أبو داوود) .

أما المعقول: فإنه إذا كانت التوبة تُسقط العقوبة الحدية المقررة شرعا فإنها فى نظرى يجب أن تُسقط التعازير (كعقوبة جنائية) من باب أولى. (لكن تبقى التعازير التهذيبية التربوية)، لا سيما وأن الحاكم (القاضي) له سلطة واسعة في تقدير الجزاء التعزيري المناسب لكل حالة بما يضمن إصلاح المتهم، ولا شك فى أن التوبة تعد مؤشرا طيبا لإقلاعه عن الجريمة، فيجب أن تُؤخذ – إن صدقت – بعين الاعتبار والتشجيع، ومن ثم فإن إسقاط العقوبة الجنائية التعزيرية عن التائب تفرضه السياسة الشرعية الحكيمة لإصلاح المتهم والمجتمع (*).

* * *

من كل ما تقدم، نخلص إلى أن التوبة لها أثرها سواء في الحدود أو القصاص أو التعازير (كعقوبة) فتسقط العقوبات البدنية وغيرها من باب أولى، بشرط توافر أركانها وشروطها والتأكد من مصداقيتها وجديتها(**) .

(*) تعليق للدكتور "توفيق الشاوي" :

لكننا نرى أن التعازير التربوية والوقائية يمكن دائما الحكم بها.

(**) ونحن نضيف لذلك أننا قلنا إن التعازير ليست كلها من نوع واحد، وأنه يوجد منها ما يُعَدّ عقوبة جنائية كالحبس أو الضرب، لكن توجد – كذلك – تدابير للتربية والتهذيب والإصلاح مثل التأنيب والوعظ والنصح والصدقة والصيام وما إلى ذلك مما يدخل ضمن العبادات التي لا يجوز في نظرنا وصفها بأنها عقوبات جنائية .

هذا النوع من التعازير يجوز للقاضي فرضه في حالة التوبة كإجراء تربوي وتهذيب وقائي، ولا نوافق على القول بأن التوبة تسقطها، لأن التوبة في نظرنا تُسقط فقط ما يُعَدّ عقوبة جنائية سواء كانت عقوبة بدنية أو مالية أو مقيدة للحرية .

<عوده> ٥٣٦ ـ *إرث القصاص* : تسقط عقوبة القصاص إذا ورث القصاص من ليس له أن يقتص من الجانى، كما تسقط العقوبة إذا ورث الجانى نفسه كل القصاص أو بعضه. فمثلا إذا كان فى ورثة المقتول ولد للقاتل فلا قصاص؛ لأن القصاص لايتجزأ، وما دام لا يجب بالنسبة لولد القاتل؛ لأن الولد لا يقتص من أبيه فهو لا يجب للباقين. وإذا قتل أحد ولدين أباه ثم مات غير القاتل ولا وريث له إلا القاتل فقد ورث القاتل دم نفسه كله ووجب القصاص لنفسه على نفسه فيسقط القصاص، وكذلك الحكم لو ورث بعض القصاص فإن القصاص يسقط ولمن بقى من المستحقين نصيبهم من الدية[1].

(١) بدائع الصنائع ج٧ ص٢٥١ – شرح الدردير ج٤ ص٢٣٣ – المهذب ج٢ ص١٨٦ ج٩ ص٣٦٢ .

۞ 536 – التداخل بين حق القصاص والإرث حالة استثنائية:

فى حالة القتل فإن القصاص حق لولى الدم، وقد يكون هو الوارث للقتيل أو أحد ورثته، فإذا تصادف أن أصبح وارثا للجانى أيضا، أى لمن يطلب منه القصاص أو أحد ورثته ممن يجوز لهم طلب القصاص من قاتله، ففى هذه الأحوال يسقط القصاص – كما فى أمثلة ذكرها – وسبب سقوط القصاص أنه يكون مطالبا بالقصاص أو شريكا فيه ومطلوب منه فى نفس الوقت، فيسقط القصاص، وللورثة الآخرين نصيبهم من الدية فقط لأن القصاص يسقط إذا كان المستحقون له جماعة ولكن أحدهم سقط حقه فيه أو تنازل عنه أو عفا .

<عوده> ٥٣٧ ـ *التقادم* : التقادم المقصود هو مضى فترة معينة من الزمن على الحكم بالعقوبة دون أن تنفذ، فيمتنع بمضى هذه الفترة تنفيذ العقوبة .

والتقادم المسقط للعقوبة مختلف عليه. فأكثر الفقهاء لا يسلمون به، ومن يرونه مسقطا للعقوبة، لا يجعلونه سببا عاما مسقطا لكل عقوبة. وآراء الفقهاء المختلفة يمكن ردها إلى نظريتين:

النظرية الأولى : وهى تقوم على مذهب مالك والشافعى وأحمد، وتلخص فى أن العقوبة لا تسقط مهما مضى عليها من زمن دون تنفيذ، وأن الجريمة لا تسقط مهما مضى عليها من الزمن دون محاكمة، ما لم تكن العقوبة من عقوبات التعازير، وما لم تكن الجريمة من جرائم التعازير، فإن العقوبة أو الجريمة تسقط بالتقادم إذا رأى ذلك أولو الأمر تحقيقا لمصلحة عامة .

وأساس هذه النظرية، أن قواعد الشريعة ونصوصها ليس فيها ما يدل على أن عقوبات جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية تسقط بمضى مدة معينة. كذلك فإن ولى الأمر ليس له حق العفو عن هذه العقوبات أو إسقاطها بأى حال، وإذا لم يكن هناك نص يجيز إسقاط العقوبة ولم يكن لولى الأمر إسقاطها فقد امتنع القول بالتقادم.

أما العقوبات التعزيرية، فتطبيق القواعد العامة عليها يقتضى القول بجواز سقوط العقوبة بالتقادم إذا رأى ولى الأمر ذلك تحقيقا لمصلحة عامة؛ لأن لولى الأمر حق العفو عن الجريمة وحق العفو عن العقوبة فى جرائم التعازير، وإذا كان لولى الأمر أن يعفو عن العقوبة فيسقطها فورا فإن له أن يعلق سقوطها على مضى مدة معينة إن رأى أن فى ذلك ما يحقق مصلحة عامة أو يدفع مضرة .

النظرية الثانية : وقوامها مذهب أبى حنيفة، وأصحابها يتفقون مع أصحاب النظرية الأولى فى القول بالتقادم فى العقوبات التعزيرية وفى امتناع التقادم فى العقوبات المقررة لجرائم القصاص والدية وفى جريمة القذف دون غيرها من جرائم الحدود، أما بقية جرائم الحدود فيرون أن عقوباتها تسقط بالتقادم. وأبو حنيفة وأصحابه على هذا الرأى عدا زفر فإنه لا يرى سقوط عقوبة الحد بالتقادم .

<عوده> على أن القائلين بسقوط عقوبة الحد بالتقادم من الحنفية يفرقون بين ما إذا كان دليل الجريمة شهادة الشهود أو الإقرار، فإن كان الدليل شهادة الشهود سقطت العقوبة بالتقادم، وإن كان الدليل الإقرار لم تسقط العقوبة بالتقادم(1) .

والأصل فى هذه التفرقة أن الحنفيين يشترطون لقبول الشهادة فى جرائم الحدود ألا تكون الجريمة قد تقادمت، ولا يستثنون من ذلك إلا جريمة القذف؛ لأن شكوى المجنى عليه شرط لتحرك الدعوى العمومية فلا يستطيع الشاهد أن يشهد قبل الشكوى، أما ماعدا القذف من الجرائم فلكل إنسان أن يتقدم بالتبليغ عنها ولايتوقف تحريك الدعوى العمومية فيها على تبليغ المجنى عليه .

ويستند الحنفية فى قولهم بتقادم الجريمة فى هذه الحالة إلى أن الشاهد مخير إذا شهد الجريمة بين أن يؤدى الشهادة حسبة لله تعالى لقوله جل شأنه: ﴿وأقيموا الشهادة لله﴾، [الطلاق:٢]. وبين أن يتستر على الحادث لقوله عليه السلام : "من ستر على أخيه المسلم ستر الله عليه فى الآخرة". فإذا سكت الشاهد عن الجريمة حتى قدم العهد عليها، دل ذلك على اختياره جهة الستر، فإذا شهد بعد ذلك فإن هذه الشهادة المتأخرة دليل على أن ضغينة ما هى التى حملته على الشهادة. ومثل هذا الشاهد المشكوك فيه لاتقبل شهادته . ويؤيد الحنفية رأيهم هذا بما روى عن عمر من قوله : أيما قوم شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته – أى عند وقوعه – فإنما شهدوا عن ضغن ولا شهادة لهم. ويقولون إنه لم ينقل أن أحدا من الصحابة أنكر على عمر هذا القول، فيكون إجماعا . ومن المستفاد من قول عمر: "أن الشهادة المتأخرة تُورث التهمة". ولا شهادة لمتهم على لسان الرسول ﷺ حيث يقول : "لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين" – أى متهم – .

وإذا كانت الشهادة ترد أصلا للتهمة، فالمنطق ألا ترد إذا انتفت التهمة كما لو كان الشاهد تأخر لطول الطريق أو لمرض، ولكن لما كانت التهمة أمرا خفيا غير منضبط ومن الصعب التحقق منه فى كل الأحوال، فقد أقيم التقادم مقامها وأهمل شأن التهمة فلا ينظر إلى وجودها وعدمها، وعلى هذا ترد الشهادات بالتقادم ولو لم يكن هناك تهمة أو مأخذ على شاهد .

---

(1) يروى البعض سقوط حد الشرب بالتقادم ولو كان الدليل الإقرار .

<عوده> وبعد أن قال الحنفية بالتقادم فى الجريمة، كان من السهل أن يقولوا به فى العقوبة؛ لأن القاعدة عندهم أن الإمضاء من القضاء أى : أن التنفيذ متمم للقضاء، فوجب أن يتوافر عند التنفيذ ما يتوافر عند الحكم، وإذا وجب عند الحكم ألا تتقادم الجريمة فقد وجب ألا يكون التقادم عند التنفيذ[1] .

ولم يقدر أبو حنيفة للتقادم حدا، وفوض الأمر فيه للقاضى يقدره طبقا لظروف كل حالة؛ لأن اختلاف الأعذار يجعل التوقيت متعذرا، وقدره محمد بستة أشهر، وذكر عنه أنه قدره بشهر، وهو رواية عن أبى حنيفة وأبى يوسف. ويترتب على هذا أن لولى الأمر أن يضع حدا للتقادم وأن يمنع قبول الدعوى بعد مضى مدة معينة إذا كان الدليل عليها هو الشهادة.

وخلاصة رأى الحنفيين فى سقوط العقوبة بالتقادم أن عقوبات التعازير تسقط بالتقادم أيا كان الدليل الذى بنى عليه الحكم، وأن عقوبات الحدود فيما عدا القذف تسقط بالتقادم إذا كان دليل الجريمة فيها هو الشهادة، فإذا كان دليل الجريمة الإقرار فلا يسقط إلا حد شرب الخمر على رأى أبى حنيفة وأبى يوسف[2] .

تم المجلد الأول بعون الله،،، .

---

(١) شرح فتح القدير ج٤ ص ١٦١ وما بعدها - حاشية ابن عابدين ج٣ ص٢٠٨ .

(٢) شرح فتح القدير ج٤ ص١٦٢ .

۞ 537 – افتراض العفو بسبب مضي المدة :

الذين يتهمون شريعتنا بقسوة العقوبات البدنية (وخاصة فى الحدود والقصاص) لا يعرفون مدى تسامحها مع مرتكبى الجرائم فى حالات العفو التى ذكرناها فى البند السابق (حالات التوبة والتصالح والتسامح) .

ولا توجد شريعة تدعو للتسامح وتوسع فى أسبابه مثل شريعتنا، حتى فى غير الحالات التى سبق عرضها، وأهمها ما عرضه فقيهنا من حرص الفقه على عدم قبول الشهادة من الشاهد إذا لم تقدم فور وقوع الجريمة. أما الشاهد الذى لا يسرع إلى أداء الشهادة فورا، فإنه يفترض فيه أنه ظنين أو متهم بالتحامل على من يشهد ضده؛ ويجب رفض أقواله بسبب هذا الاتهام المفترض إعمالا لقول رسولنا الكريم: "لا تقبل شهادة متهم ولا ظنين". بل لقد بين فقيهنا أن السنة المطهرة لا تلزم الشاهد بأداء الشهادة وتنصحه بأن يستر على مرتكب المعصية. ولا توجد شريعة فى العالم القديم أو الحديث بلغت هذا المبلغ الذى عبر عنه رسولنا الكريم بقوله ﷺ : "من ستر على أخيه المسلم ستر الله عليه فى الآخرة". وفى حديث آخر، قال لمن جاء يشهد على مرتكب فاحشة الزنا : "هلا سترت عليه بثوبك" .

من يتأمل ذلك كله، لا بد أن يقول مع فقيهنا الشهيد: "إنها شريعة سمحاء" تفضل التسامح على العقاب، الذى يصبح الغرض منه التهديد والتخويف .

وآراء فقهائنا المختلفة بشأن سقوط العقوبة أو الجريمة بمضى المدة كما عرضها فقيهنا أكبر دليل على ذلك، حيث وصل بعضهم إلى حسبان المدة المسقطة للعقوبة فى بعض الحالات ستة أشهر، بل شهرا واحدا ...

هذا يؤكد أن ما نسميه "تقادما" ليس إلا تسامحا مفترضا ، بل مفروضا .

مذهب أبى حنيفة يفرق بين التعازير التى يرى أنها تسقط بالتقادم تأسيسا على أن "ولى الأمر" (وهو القاضى فى نظرنا) له حق العفو عن العقوبة فيها ولو لم تمض مدة، فيجوز له أن يعفو من باب أولى إذا مضت مدة .

كذلك الحدود يرى أنها تسقط بالتقادم إذا كان الدليل فيها شهادة الشهود. والعلة هنا مختلفة ترجع إلى أن الأصل أن الشاهد عليه أن يتقدم للشهادة فور مشاهدة الجريمة ، أما إذا تأخر مدة طويلة فإن ذلك يجعل شهادته مشكوكا فيها،

❁ مدة التقادم متروكة لتقدير القضاء أو أهل الاجتهاد:

وعلى حد قول سيدنا عمر الذى أورده "أن الشهادة المتأخرة تورث التهمة، أى الشك فى أن لها سببا شخصيا" واعتمد على قول رسولنا الأمين: "لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين (أى متهم فى ذمته)" .

وعندما يورد أقوال فقهائنا فى مدة التقادم. نرجح القول بترك التقدير للقاضى (أو أهل الاجتهاد) وهو الأصح فى نظرنا .

فى حين أن آخرين يقدرونها بستة أشهر أو شهرين ...

وعلى العموم فإن وجهة نظرنا أن الأمر متروك للاجتهاد الذى يراعى ظروف الزمان والمكان .... وقد وصل القانون الوضعى عندنا إلى خمسة عشر عاما .

خاتمة الخواتيم
أهمية الطابع الدينى والعلمى لشريعتنا

استقلال الشريعة واستقلال القضاء الشرعى
أولى خطوات تطبيق الشريعة

وددت لو أن فقيهنا الشهيد كان بجانبى الآن لكى أهمس فى أذنه، أننى أقترح أن نضيف إلى هذا الجزء الذى عنوانه العقوبة جزءا عنوانه "التوبة"، لكى ننصف شريعتنا بتميزها عن القوانين الوضعية التى تجعل العقوبة هى هدف "قانون العقوبات"، وإننى أرجوه أن يراجع ما قلته فى البحث الإضافى فى الأصول الشرعية[1] من أننى لا أقر رجال القانون الوضعى الذين يتصدون لدراسة تشريعنا الجنائى وهم يظنون أنه مجرد نظير لقانون العقوبات الوضعى، فى حين أننى أرفض وصف هذا الفقه بأنه قانون عقوبات، وقلت إنه إذا كان قانونا فهو قانون "التوبة" لا قانون العقوبة .

إن فيما كتبه أئمتنا وأسلافنا عن أهمية التوبة ووجوب تشجيع كل مخطئ أو مذنب على التوبة، وأن الله فرضها على كل مخطئ لتكون توبته سببا لإسقاط العقوبة الدنيوية والأخروية، ما يؤكد أن العقوبات فى تشريعنا الجنائى هدفها تهديد المخطئ وتخويفه لكى يندم ويستغفر ويتوب، وخاصة إذا كانت عقوبة بدنية قصوى .

إن فقيهنا فى التمهيد لكتابه أفاض فى المقارنة بين الشريعة والقانون الوضعى من حيث طبيعة كل منهما ومصدره ودوره فى المجتمع، وبيَّن أن هناك اختلافات أساسية (بند 13) تستوجب عدم قياس الشريعة على القانون الوضعى، لأنه إذا انعدمت المساواة فلا قياس (بند 14). وتوسع فى بيان الاختلافات الجوهرية (البنود 15–17) التى استنبط منها أن الشريعة لا تماثل "القانون الوضعى" ولا تساويه ولا يصح أن تقاس به، لأن طبيعة الشريعة تختلف تماما عن طبيعة القانون الوضعى (البنود 17 – 20) .

صحيح أنه قبل ذلك مباشرة (بند 11) صرح بأنه نظم الكتاب وبوبه على غرار الكتب القانونية، ولكنه بيَّن أنه قصد بذلك أن يقرب بحثه من قلوب رجال القانون

---

[1] الجزء الثانى عقب حاشية البند 246 .

وعقولهم، وليعرض أحكام الشريعة بلغة يفهمونها وبطريقة يألفونها لكى يصحح لهم معلوماتهم عن الشريعة .

وقد عقبنا على ذلك ببحث إضافى عن أهمية الخصائص المميزة لشريعتنا[1]، قلنا فيه إن القيام بالمقارنة أو التقريب بين الشريعة والقوانين الوضعية لا يعنى ولا يسوِّغ تجاهل الخصائص المميزة لشريعتنا، لأنها دينية من حيث مصدرها وهو الوحى الإلهى الذى يكمله الفقه والعلم من ناحية، ولأن مقصدها وهدفها هو إصلاح الفرد والمجتمع من ناحية أخرى، وما تقرره من جزاءات دنيوية وأخروية هدفه إصلاحى.

وإذا كان العلم والفقه هما اللذان يتوليان استنباط أحكامها من النصوص الشرعية فى الكتاب والسنة، فالعلم والفقه هما اللذان يكملان الوحى ويفسرانه ويستنبطان الأحكام، فلا يجوز عَدُّ أحكامها قوانين صادرة عن إرادة الدولة ولا سلطة حكامها أيا كانوا .

إن شريعتنا تجمع بين الوحى والعلم، أى الفقه .

ويترتب على الطابع الدينى والعلمى لشريعتنا نتائج مهمة :

1 – أولى هذه النتائج أنها تعنى بالأحكام التكليفية التى تحرم بعض الأفعال أو تنهى عنها دون النص على عقوبة مرتكبها، وهذه الأحكام التكليفية هى مبادئ دينية وتكاليف أخلاقية لا نظير لها فى القانون الجنائى الوضعى، وقد فرضتها الشريعة لكى يلتزم بها الأفراد والجماعات الذين تخاطبهم بها ويؤمنون بها .

أما قوانين العقوبات الوضعية، فهى لا تحرم إلا الأفعال التى تقرر لها عقوبات جنائية، ولذلك يسمى التشريع الجنائى قانون العقوبات لأنها لا تهتم بما دون ذلك .

وهذه الملاحظة ليست خاصة بالقانون الجنائى، بل إن فقهاء القانون الوضعى عموما – فى جميع فروعه – لا يَعُدُّون حكما أو نصا ما قاعدة قانونية إلا إذا كان يترتب على مخالفتها جزاء قانونى أو بالأصح جزاء قضائى ودنيوى، ويفصلون بين القانون والأخلاق فى نظرهم .

أما الشريعة، فإنها لا تفصل بين أحكام تشريعنا وبين مبادئ الأخلاق، بل تربط بينهما دائما – وكلاهما يترتب عليه جزاء أخروى يوم الحساب – وكثير من

---

(1) فى الجزء الأول عقب حاشيتنا على البند 39 .

أحكامها يكون جزاؤها أخرويا وليس دنيويا ولا قضائيا ولا قانونيا. ويكفى دليلا على ذلك أن أول وأهم فرع فى هذه الشريعة هو فقه العقيدة والعبادات التى هى أركان الإسلام الخمسة.

ويجب أن نلاحظ أن الأحكام الدينية فى شريعتنا ليست محصورة فى فقه العقيدة والعبادات، بل إنها تحيط بجميع الأحكام الشرعية ولا تنفصل عنها. بل إن شريعتنا تربى الفرد بالعبادات وتجعلها مكفرة لذنوبه، باعتبارها أولى الحسنات التى تذهب السيئات. ومن الآثار المشهورة أن رجلا لقى رسول الله ﷺ فى المسجد، وأبلغه أنه نادم على خطيئته – أو جريمة ارتكبها – فقال له الرسول الكريم ﷺ : هل صليت معنا؟ فقال: نعم. فطمأنه قائلا: إن صلاتك محت السيئة التى ارتكبتها، لأن الله سبحانه قال فى كتابه الكريم : ﴿إن الحسنات يُذْهِبْنَ السيئات﴾[هود :114] .

هكذا ترتبط العبادات بالتشريع الجنائى بوصفها وسيلة للتوبة ودليلا عليها.

ولذلك نرجو ممن يتصدون لتقنين أحكام فقهنا الجنائى أو دراسته أن يميزوها عن "القوانين الوضعية" لأن هدفها التوبة. بل إن العقوبات ذاتها قصدها دفع المخطئ إلى التوبة. فالتوبة فى نظرنا هى الغاية من تشريعنا الجنائى وليست العقوبة؛ كما هو الشأن فى قوانين العقوبات الوضعية .

ولذلك وجد فى فقهنا أفعال مكروهة دون أن تكون محرمة، وأفعال أخرى مندوبة دون أن تكون واجبة، وهذا التنوع لا نظير له فى القوانين الوضعية .

2 – وأكثر من ذلك، فإن فقيهنا أفاض فى بيان أن كل حكم شرعى يحرم فعلا أو يوجبه يترتب على مخالفته جزاء أخروى، وقد يترتب على مخالفته جزاء دنيوى فى حالات معينة كذلك. وفى هذه الحالة يكون الجزاء مزدوجا .

هذه الطبيعة المزدوجة جعلت أحكام تشريعنا الجنائى أوسع نطاقا مما يسمى قانون العقوبات، بل أوسع من جميع فروع القانون (الوضعى). فالكتاب والسنَّة (نصوصهما هى الشريعة بالمعنى الضيق فى نظر فقيهنا) ليس فيهما ما يفرض عقوبات جنائية إلا على أفعال محدودة العدد (هى جرائم الحدود والقصاص)، لكنهما فتحا الباب واسعا للاجتهاد والفقه والقضاء لفرض عقوبات جنائية أو تدابير تهذيبية على كل أفعال ضارة بالمجتمع، وهذه هى التعازير التى يستنبطها الفقه والقضاء. فالفقه والعلم والعقل والقضاء له دور كبير فى مرونة تشريعنا الجنائى .

3 – وفى نظرنا أن التعزير لا يكون عقوبة جنائية دائما فى جميع الأحوال، كما يقول البعض ممن يظنون أن فقهنا الجنائى هو قانون عقوبات، ناسين أنه يشمل أيضا ما يسمى فى القوانين الوضعية حاليا تدابير الوقاية والاحتراز، بل ويضيف إليها ما نَعُدُّه نحن من إجراءات التربية والإصلاح والتهذيب، وكثير منها يدخل فى نطاق العبادات التى يكتفى بها الفقيه والقاضى طالما أنها تغنى عن العقاب. فالقاضى والفقيه يستطيع، بل يجب عليه أن يكتفى بتدابير التهذيب والتربية طالما أنها تحقق الهدف الاجتماعى فى إصلاح الفرد والمجتمع؛ لأن العقوبات إنما تسوِّغها الضرورة فقط، ولا تفرض إلا إذا كانت التدابير الاصلاحية لم تنجح، والضرورات تقدر بقدرها .

صحيح أن أحكام الحدود والقصاص لها أهميتها باعتبارها حارسة وحامية للقيم الأساسية فى المجتمع والحقوق الإنسانية الأساسية للأفراد، ولذلك تحظى بأهمية خاصة جعلت كثيرين يَعُدُّون أن لها طابعا دينيا ويصفونها بأنها حق لله، لكن إذا كنا نرى أن كل أحكام شريعتنا لها طابع دينى، فإن وصف الحدود بأنها حق لله يقصد به أنها تسقط فى حالة التوبة الصادقة. ولذلك، فإننا نرى أن التعزير هو جوهر التشريع الجنائى الإسلامى وعموده الفقرى، لكنه هو أيضا ليس قانون عقوبات مثل القوانين الوضعية، بل هو علم وفقه (وليس مجرد نصوص مقننة كالقوانين الوضعية)، فضلا عن أن نطاقه أوسع من نطاق العقوبات لاشتماله على تدابير الوقاية والتربية والإصلاح .

ثم إن العلم والفقه لا يستقلان بوضع أحكام التعازير، بل إنهما يستنبطانها – كغيرها من أحكام الفقه – من المبادئ الأساسية والمقاصد السامية لشريعتنا ونصوص الكتاب والسنَّة. ولا شك فى أن الأحكام التكليفية التى تفرض تكاليف أو مبادئ أخلاقية ودينية هى من أهم ما يستعان به لاستنباط مقاصد الشريعة التى قلنا فى بحثنا الإضافى[1] إنها أساس النظريات التشريعية التى توج فقيهنا تقديم بحثه بدراستها تحت عنوان "تمهيد وتقديم" – وأضفنا أننا الآن نبدأ عصر التقنين للفقه الجنائى. لذلك، فإنه لا يمكن تجاهل أهمية النظريات التشريعة والأصول الشرعية بحسبانها القاعدة الخصبة لاستنباط أحكام التعازير .

---

(1) عقب البند 39 فى نهاية حاشيتنا على "التقديم والتوجيه" .

إن فقهاءنا كثيرا ما أكدوا أن التعزير هوالجزاء الشرعى على الأفعال التى تُعَدُّ معاصى شرعية، وهذه المعاصى ليست إلا انتهاك الأوامر والنواهى الشرعية التى لم تقرر لها النصوص الشرعية عقوبات حدية (بما فى ذلك القصاص والدية) .

وقد لاحظنا أن فقيهنا قد استطرد للقول بأنه يمكن لمن يسميه ولى الأمر أن يعزر على أفعال خارج نطاق المعاصى . . . بل إنه أشار إلى أن رئيس الدولة هو الذى يملك هذا الحق .

وقد تحفظنا على هذا القول من ناحيتين :

الأولى : أن أولياء الأمر فى التشريع والفقه، وخاصة فى أحكام التعازير، هم أهل الاجتهاد أو المجتهدون من القضاة أو أهل الفقه – وليس رئيس الدولة – وتوسعنا فى شرح ذلك فى مناسبات متعددة.

وقد لاحظنا أن السيد إسماعيل الصدر المعلق الشيعى قد تبنى مثل هذا القول، لكنه تحفظ بقوله إن المقصود هو من تولى الإمامة العظمى بطريق شرعى. وكنا نتمنى لو فعل ذلك فقيهنا .

الناحية الثانية : أننا لا نعتقد أنه يمكن إطلاق يد أولياء الأمر ليفرضوا تعازير دون أن تكون هناك معصية شرعية، وأن قولنا إن أولياء الأمر فى التشريع هم أهل الاجتهاد قصد به أن يستنبطوا أحكام التعازير من أصول الشريعة ومقاصدها التى تشير إلى المعاصى .

ومما يؤيد رأينا، أنه عاد فى النهاية وقيد سلطة التعزير التى منحها لولى الأمر بأنه يشترط أن يكون أمره أو نهيه لصالح الأمة أو المجتمع ..... ومعنى هذا أن الفعل الذى يستحق التعزير هو الذى يضر بنظام الجماعة، وهذا فى ذاته معصية لأن حفظ مصالح الجماعة من أهم مقاصد شريعتنا ..... ولا يستحق الفعل تعزيرا لمجرد أنه يخالف قرار رئيس الدولة، أو أن الذى حرمه أو أوجبه هو رئيس الدولة، وإنما لأنه معصية لكونه يضر بنظام الجماعة .

فى نظرنا أن فقه التعازير هو الذى عليه أن يحدد أركان الجرائم بما فى ذلك ركنها الشرعى، أى الدليل المستمد من مبادئ الشريعة الذى استنبط منه أن الفعل الذى يعزر عليه هو معصية لكونه ضارا بمصلحة الأمة أو نظام الجماعة. ولهذا السبب، فإننا نصر على أن أولياء الأمر فى التعازير هم أهل الاجتهاد أو القضاء الذى يدخل ضمن

أهل الاجتهاد بحسبانه مؤسسة متكاملة، فهم الذين يستطيعون ربط أحكام التعازير بالمعاصى الشرعية .

ونحن نضيف أن الفعل الذى يستحق التعزير لا يكون جريمة إلا إذا توافرت فيه الأركان التى حددها أهل الاجتهاد. وقلنا إن الأصل هو أن جميع الجرائم تستحق التعزير متى توافرت فيها أركان الجريمة، بما فى ذلك جرائم الحدود والقصاص التى هى فى نظرنا جرائم تعازير فى الأصل، ولكنها تتميز عن جرائم التعازير بوجود ظرف مشدد إضافى فيها يستوجب تشديد وتغليظ العقوبة على الجريمة التعزيرية. ولكن هذه الظروف المشددة مهما كثرت شروطها لا تغنى عن الأركان التى يلزم توافرها فى الفعل المعاقب عليه ليكون جريمة تعزيرية يحاسب عليها الجانى إذا تعذر فرض الحد عليه .

ولذلك، فإن الفقه مجمع على أن كل فعل يعاقب عليه بالحد أو القصاص يستحق التعزير فى حالة سقوط الحد أو القصاص متى كانت أركان الجريمة متوافرة .

بل إن عددا كبيرا من الفقهاء والأئمة يرون أنه يجوز إضافة التعزير إلى عقوبة الحد أو القصاص دائما، ونحن نعارض فى ذلك ولا نجيز إضافة التعزير إلا إذا كان كإجراء يدخل فى نطاق تدابير الوقاية والاحتراز والتهذيب والإصلاح .

****

4 – فى بحثنا الإضافى المشار إليه سابقا، أوضحنا أن الأصل هو الجزاء الأخروى فى شريعتنا لأنه أشمل وأكمل وأكثر عدالة من الجزاءات الدنيوية (بما فيها الجزاءات الجنائية) التى تصبح فى الواقع تدابير مؤقتة وذات طبيعة ثانوية. بل إن العقوبات الجنائية ذات صفة تهديدية فى نظرنا، لأنها معلقة على ثبوت عناد المجرم وإصراره على سلوك طريق الفساد ورفض التوبة والاستغفار الذى شرعته عقيدتنا وأوجبته، ووعدنا الله بالاستجابة له لأن أولى صفاته تعالى أنه غفور رحيم .

إننا لا نوافق هؤلاء الذين يدرسون تشريعنا الجنائى كما لو كان قانون عقوبات. وإذا كان فقيهنا قد فعل ذلك فعذره أنه حرص على تقريب أحكامه لقلوب زملائه الذين درسوا القوانين الوضعية وألفوها. ومع ذلك فقد نبهنا لهذا النقص ونرجو من زملائنا رجال القانون أن يراعوا ذلك .

إن وجوب التوبة ووعد الله سبحانه بالاستجابة لها وأثرها فى محو الجزاءات الدنيوية والأخروية فى شريعتنا، ليس رأيا اجتهاديا ولا فقهيا، بل هو أصل من أصول

عقيدتنا. فإن القرآن الكريم قد أكد أن أبانا آدم عصى ربه وغوى ومع ذلك فإنه استغفر ربه وتاب فتاب عليه. ومن أجل ذلك فرض الله علينا التوبة والاستغفار اقتداء به، ووعدنا بالاستجابة كما استجاب لأبينا آدم ومحا خطيئته هو وزوجته حواء. ثم إننا نؤمن بقول رسولنا الكريم: بأن الخطأ والذنوب لا يختصان بأحد، حيث قال ﷺ: "كل بنى آدم خطاء"، وأضاف : "وخير الخطائين التوابون" .

فوجوب التوبة وأثرها أصل تميزت به شريعتنا بل وعقيدتنا .

وهذا برغم أن هناك شرائع أخرى ما زالت تعلم أتباعها أن الإنسانية كلها ما برحت تحمل وزر الخطيئة الأولى التى ارتكبها أبونا آدم، بل إن بعض الكنائس تعلم أتباعها أن كل إنسان سيحاسب على هذه الخطيئة الموروثة من أبينا آدم إلا من خلصهم المسيح الذى أرسله الله لكى يصلب ويعذب ليفتدى أتباعه، وأن الكنيسة هى بنت المسيح التى ورثت منه حق تخليص أتباعها من أثر هذه الخطيئة. ولذلك، فهى التى تقبل التوبة لأنها الوسيط بين الله والناس. ومن ثم يجب على من ارتكب خطيئة أن يجلس على كرسى الاعتراف ويعترف أمام الكاهن ليسامحه ويتوب عليه .

ومن محاسن شريعتنا أن كل إنسان يستغفر الله ويتوب إليه مباشرة دون أى وسيط من كاهن أو كنيسة، ومتى كانت توبته صادقة وخالصة، فإن الله هو الذى يتوب عليه، ولا توجد كنيسة ولا كهنة تتوسط بين الإنسان وربه .

التوبة إذن واجبة شرعا، ويجب على القضاء أن يدعو كل مجرم أو مخطئ ليتوب ويرتب على توبته أثرها الشرعى فى الدنيا ويترك أمر الآخرة لله سبحانه وتعالى .

5 – وإذا كنا قد دعونا لتقنين الفقه الجنائى فى عصرنا والعصور القادمة، فإننا ندعو إلى منتهى الحذر من جعل التقنين وسيلة لتحويل تشريعنا الجنائى إلى قانون وضعى صادر عن الدولة أو جعله معزولا عن طابعه الدينى والفقهى وبخاصة ما يتعلق بالتوبة وأثرها .

كما اشترطنا أن يكون التقنين عملا فقهيا، فى صورة فتاوى غير ملزمة، بل تكون مجرد إرشاد لقضاتنا، فعلى الرغم من أنهم مقلدون غير مجتهدين، فإنهم فى مجموعهم جزء من أهل الاجتهاد وإن كان الذى يلزمهم بأحكام التقنين هو قاضى القضاة أى المجلس الأعلى للقضاء ومحكمة النقض فى عصرنا التى تمثل القضاء المستقل عن الدولة فى مجموعه كمؤسسة تساهم فى الاجتهاد الجماعى .

****

6 – ونضيف هنا أنه يحسن بعلمائنا الذين يُعِدُّون هذه التقنينات أن يعطوا عناية أكبر لأثر التوبة فى إسقاط العقوبات الجنائية، وخاصة منها عقوبات الحدود والعقوبات المقدرة... وندعوهم إلى أن يلاحظوا أن هذا الاتجاه الإصلاحى التهذيبى التربوى للاهتمام بالتوبة يميز شريعتنا عما يسمونه قوانين العقوبات الوضعية، ونقترح أن تضاف فقرة فى كل نص جنائى أو مادة فى كل باب تبين حكم التوبة، وتنص على ما يجب اتباعه لدعوة المجرم إلى التوبة وتشجيعه عليها وما يقوم به القاضى فى حالة التوبة من وضعه تحت الاختبار فترة معينة ليتأكد من جديتها، ولا يحكم عليه بالعقوبة إلا بعد مرور فترة الاختبار والتأكد من عدم جدية التوبة، أو أن يحكم عليه بالعقوبة مع وقف تنفيذها مدة معينة بحيث لا تنفذ تلك العقوبة الموقوفة إلا إذ تبين عدم صدق توبته أو عدم جديتها .

فوقف التنفيذ الذى توصلت إليه التشريعات الوضعية، وكذلك وضع المتهم تحت الاختبار المقرر فى النظم الإنجليزية ليسا إلا تطبيقا لمبدإ أن التوبة تسقط العقوبة الذى قررته الشريعة منذ أكثر من ألف عام .

****

إن عرض فقهنا الجنائى الإسلامى على أنه قانون عقوبات يتجاهل شطر هذا التشريع المتعلق بالتوبة بحسبانها تغنى عن العقوبة، وتوجب إسقاطها. وبهذا يشوهون صورة تشريعنا الجنائى، ويتجاهلون طبيعته الدينية ومصدره السماوى، وهو الوحى الإلهى من رب العالمين الذى أوجب التوبة ووعد بالاستجابة لها لأنه غفور رحيم .

صحيح أن العمل جرى فى كثير من بلادنا وعصورنا المتخلفة على أن بعض الحكام والقضاة والجمهور أهملوا هذا الجانب السامى الرحيم من تشريعنا الجنائى، واستعملوا العقوبات أداة للتشهير أو الانتقام، وتعمدوا إهمال تشريع التوبة وآثارها، لكن هذا انحراف لا يجوز أن ينسب إلى تشريعنا ولا إلى فقهنا الجنائى، وهو الذى أفسح المجال لكثير من المنافقين الذين يهاجمون شريعتنا ويتهمونها بأنها تقر عقوبات بدنية قاسية يظنون خطأ أنها كانت تطبق عشوائيا وتلقائيا دون اعتبار لوجوب التوبة والتزام المجتمع والأفراد بها بدلا من العقوبة، كلما كان ذلك ممكنا .

7 – ميزة أخرى عملية كبرى للطابع الدينى والمصادر السماوية لشريعتنا وفقهنا: أنه يفرض استقلال الفقه عن كل سلطة دنيوية وبخاصة ما يسمونه الآن "بسيادة الدولة". لأن السيادة فى مجتمعنا هى للشريعة الإلهية التى يجب أن تخضع لها الدول

كما يخضع الأفراد. ونسبة السيادة للدولة لا يجوز أن يكون معناها عدم خضوعها هى ومن يمثلونها للشريعة والتزامهم بأحكامها ومحاسبتهم عليها .

وفى نظرنا أن سيادة القوانين الوضعية لا تزال صورية لأنها تلزم الأفراد فقط، أما الدولة فإن القول بأن لها سيادة تشريعية يعنى أنها هى التى تضع القوانين وتفرضها، وهذا يجعل التشريع أداة فى يد الدول والمتحكمين فيها كلما أرادوا تغييره أو تعطيله أو إلغاءه. وحينذاك، تعلو سيادة الدولة ورؤسائها على سيادة القانون الوضعى. أما فى شريعتنا، فإن أحكامها مستقلة تماما عن سلطات الدولة، وتلزمها جميعا بما فى ذلك ما يسمونه سلطتها التشريعية (المقررة فى النظم "الديمقراطية")، لأن أحكام الشريعة ملزمة بذاتها بسبب طبيعتها الدينية ومصدرها الإلهى، وليست فى حاجة لسلطة الدولة لتفرض احترامها .

****

أشار فقيهنا فى مواضع كثيرة إلى اتجاه فقهنا نحو توسيع سلطة القضاء، مبينا أن هذا الاتجاه يسود القوانين العصرية، وأن شريعتنا سبقت إليه قبلهم بقرون عديدة .

ونحن أضفنا أن تكريم شريعتنا للقضاء لا يقف عند هذا الحد الذى تحاول القوانين العصرية أن تلحق بها فيه، بل إنها قبل ذلك أعزَّت القضاء وكرمت القضاة فى ناحيتين لا يدانيها فيهما أى تشريع معاصر؛ وهما :

1 – من الناحية العلمية، اشترط فقهاؤنا أن يكون القاضى مجتهدا، وهى مرتبة فى العلم والفكر تجعله على قدم المساواة فيمن يرشح للإمامة فى الفقه أو الخلافة العظمى فى رئاسة الدولة .

2 – من ناحية استقلاله عن الدولة وكل مؤثر آخر، فهو يتمتع بكل ما توفره له مرتبة الاجتهاد من استقلال إزاء من يمارسون السلطة أو يمثلون الدولة .

لذلك، فإن من يطالبون بتطبيق الشريعة أو يعلنون إرادتهم فى ذلك، ندعوهم إلى أن يبدءوا بتوفير الشرطين اللذين أشرنا إليهما، وهما استقلال التشريع واستقلال القضاء ونزاهته، حتى لا يمكنوا النظم الشمولية ودعاة الطغيان من استخدام أحكام الشريعة كسلاح فى يد المستبدين الذين يدعون لأنفسهم سلطة التشريع الوضعى ويتخذونه سلاحا للقضاء على من ينتقدونهم أو يعارضونهم أو يرشحون أنفسهم ليكونوا بديلا عنهم، وفوق ذلك فإنهم يرسمون الخطط للتأثير على القضاة وإخضاعهم لنفوذهم وسيطرتهم .

فهرس (د)
أركان الجريمة "عوده"
الحاشيـة (الشاوى)
الجزء الرابع ـ من المجلد الأول
الأركان العامة للجريمة

الباب الثانى
أقسام العقوبة

الباب الثالث
تعدد العقوبات

رقم الإيداع ٥٣٦٥ / ٢٠٠١
الترقيم الدولى x - 0712 - 09 - 977

مطابع الشروق
القاهرة :٨ شارع سيبويه المصرى ـ ت:٤٠٢٣٣٩٩ ـ فاكس:٤٠٣٧٥٦٧ (٠٢)
بيروت : ص.ب: ٨٠٦٤ ـ هاتف : ٣١٥٨٥٩ ـ ٨١٧٢١٣ ـ فاكس : ٨١٧٧٦٥ (٠١)

الموسوعة العصرية
فى
الفقه الجنائى الإسلامى

● هذه هى الطبعة الثانية منقحة وموسعة من كتاب التشريع الجنائى الإسلامى مقارنا بالقانون الوضعى المجلد الأول للقاضى الفقيه عبد القادر عوده الذى خصصه للقسم العام فى الفقه الجنائى الإسلامى، وهو أول فقيه يتصدى لإعداد هذه الدراسة فى فقهنا؛ حيث إن أسلافنا لم يقدموا لنا أى دراسة خاصة للقسم العام لأنهم كانوا يحرصون على دراسة كل جريمة على حدة من حيث إجراءاتها وأحكامها وعقوباتها. وتبين لنا أن هناك تطورات فكرية وعلمية وضرورات اجتماعية وسياسية ودراسات فقهية وقانونية خلال الخمسين عاما التى مضت منذ صدور كتاب القاضى عوده تستلزم إضافات ودراسات جديدة تحوله إلى موسوعة عصرية فى الفقه الجنائى.

● وهأنذا أقدم القسم العام أملا أن يشارك أكبر عدد من زملائى من الأساتذة والباحثين المتخصصين فى دراسة جرائم القسم الخاص العديدة التى تتزايد كل يوم؛ لأن أهمية الموسوعة لا ترجع لعُدد أجزائها وصفحاتها وإنما تقاس بعدد الأساتذة المشاركين فيها وما يقدمونه من أبحاث ودراسات مستحدثة لمواجهة مشكلات العصر؛ لأن شريعتنا هى شريعة علم وفقه واجتهاد، وأحكامها هى ثمرة جهود متكاملة من أجيال متوالية من الأئمة والفقهاء والعلماء والباحثين وليست مجرد تقنينات تفرضها الدول.

د. توفيق محمد الشاوى